

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL
FACULDADES CAMPO REAL - GUARAPUAVA
EVERTON RAFAEL BORGES

**O PERFIL CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE
INTERVENÇÃO FUNDADA NO INTERESSE PÚBLICO JUSTIFICADOR**

GUARAPUAVA
2008

EVERTON RAFAEL BORGES

**O PERFIL CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE
INTERVENÇÃO FUNDADA NO INTERESSE PÚBLICO JUSTIFICADOR**

Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Sergio Cruz Arenhart

GUARAPUAVA
2008

RESUMO

Diante da metamorfose evolutiva sofrida pela Instituição Ministerial no decorrer dos anos, culminando com o seu atual perfil constitucional, conferido pela Carta Magna de 1988, que ampliou suas atribuições em uma magnitude que não se pode esquadriñar, estabelecendo sua cátedra de defensor da ordem jurídica e dos interesses sociais, este trabalho expõe as teorias de sistematização da forma de atuação dessa nobre instituição no que concerne à intervenção no processo civil fundada no interesse público em razão da lide e da qualidade da parte. (art. 82 inc. III do CPC).

O presente trabalho, além disso, pretende analisar os precedentes de jurisprudência dos Tribunais Superiores relativos às causas em que é desnecessária a intervenção do Ministério Público na supracitada seara, como fiscal da lei, e analisar também a permanente discussão referente ao tema no âmbito do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça e do Conselho Nacional de Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União.

Visto que as controvérsias doutrinárias acerca do assunto são diversas, este trabalho visa explorar um pouco deste vasto campo científico de discussão.

Palavras-chave: Perfil Constitucional. Intervenção. Interesse Público.

ABSTRACT

Facing the development and metamorphose suffered by Ministerial Institution during the years, emphasizing its constitutional profile, which was brought by the 1988 Magnet Letter. The Federal Constitution widens its attributions in such wideness that it cannot be ferreted, it also established the cathedra of juridical order and social interests protector. This essay shows the systematization theories as a way of this institution act, mainly concerning to the civil process intervention founded in the public interests. Analyzing the several Justice Superior Court of Law jurisprudences related to the causes in which it is unnecessary the Public Minister intervention as a law fiscal. It has been a constant discussion in the National Congress, which is made by the General Justice Prosecutors in the States and Union. Thus, it also shows the doctrinaire controversies around the subject. The aim of this research is to relate a little of this wide scientific field of discussion.

Key – words: Constitutional Profile. Intervention. Public Interest.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1 O PERFIL CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO	07
1.1 EPÍTOME HISTÓRICO LUSO-BRASILEIRO	07
1.2 ARQUITETURA CONSTITUCIONAL E NATUREZA JURÍDICA	10
1.3 NORMAS CONSTITUCIONAIS INSTITUCIONAIS	22
2 A INTERVENÇÃO FUNDADA NA PARTE FINAL DO INC. III DO ART. 82	27
2.1 <i>CUSTOS LEGIS</i>	27
2.2 A EMENDA N ° 309	37
2.3 DIVERGÊNCIAS NA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA.	40
3 O INTERESSE PÚBLICO JUSTIFICADOR DA INTERVENÇÃO	55
3.1 O LIMITE DA LEI, AÇÃO HUMANA E O CASO CONCRETO	55
3.2 COMPETÊNCIA DA AFERIÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO	74
3.3 O CAMINHO CONSTITUCIONAL DE INTERVENÇÃO.....	79
CONCLUSÃO	85
REFERÊNCIAS	90

INTRODUÇÃO

O Ministério Público é uma instituição estatal que tem evoluído muito desde sua criação, com atuações diversificadas judiciais e extrajudiciais. Essa mutação contínua torna complexo o estudo sobre a entidade ministerial quanto a sua natureza jurídica, sua destinação e sua autonomia. Um dos temas controversos que envolvem a instituição, desde a década de 70, é a expressão interesse público relevante que move a intervenção do promotor do artigo 82, inc. III do Código de Processo Civil. O debate sobre o interesse público intervencional obteve novos contornos com o Perfil Constitucional, alcançado pela Instituição em 1988, de entidade permanente, essencial à função jurisdicional, defensora da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Há dissensões na doutrina, na jurisprudência e entre os membros da instituição sobre, qual é o interesse público que justifica a intervenção do *parquet*, como é feita a avaliação do interesse público, quem tem a competência para realizar a análise do interesse público justificador e se o promotor está preparado para realizar a constatação do interesse relevante.

Existem poucos livros debatendo o tema a fundo. Faltando conclusões prontas e cerradas que respondam as questões acima de maneira satisfatória.

1 O PERFIL CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

1.1 EPÍTOME HISTÓRICO LUSO-BRASILEIRO

A Constituição Federal conceitua o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, defensor da ordem jurídica, do regime democrático de direito, dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Para este conceito tornar-se positivado na Carta Magna de 1988, o Ministério Público trilhou um longo caminho de evolução, desde o Procurador da Coroa de Portugal, atuando perante o Tribunal da Relação na Bahia, até o Promotor de Justiça de hoje.

No Direito Lusitano o Ministério Público tem seus ancestrais institucionais: nas ordenações Afonsinas de 1447, que tinha um título que tratava “Do Procurador dos nossos feitos”; nas Ordenações Manuelinas de 1514, tinha um título nomeado “Promotor de Justiça da Casa da Sopricação”; nas Ordenações Filipinas de 1603, havia os títulos “Promotor de Justiça da Casa da Suplicação” e “Promotor de Justiça da Casa do Porto”.¹

O Ministério Público foi originado com a finalidade de manutenção do Poder Real em Portugal. A nomenclatura Ministério Público² advém de ministro, ministério, serviço; a palavra ministério está ligada ao vocábulo latino *manus*. Essa denominação era dada ao exercício de defesa dos procuradores do Rei (*manus* ou mão do Rei), do interesse público³, que na época se traduzia nas aspirações Reais.

Com a Constituição do Tribunal da Relação (em 1609), a justiça lusitana estabeleceu-se no Brasil, em Salvador, por ordem do Rei Felipe III, nascendo a função de Procurador da Coroa, que era submissa ao Governante.

¹ RITT, Eduardo. O Ministério Público como Instrumento de Democracia e Garantia Constitucional, 2002, p. 119.

² No Brasil visualiza-se a expressão mais antiga no art. 18, do Regimento das Relações do Império, de 02 de maio de 1847.

³ MAZZILI, Hugo Nigro. Manual do Promotor de Justiça. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 3-4.

A Constituição de 1824, do Brasil Império, conferia ao Procurador da Coroa a função de acusação dos crimes. Contudo, continuava sem a previsão expressa de uma organização ou de alguma garantia de autonomia da instituição em anverso à nomeação e demissão franqueada ao Executivo.

O código de Processo Penal de 1832 trouxe uma seção para os promotores, disciplinando suas atribuições e requisitos de nomeação.

Com o subsídio de Campos Salles (considerado patrono da instituição), Ministro da Justiça no Governo Provisório, o Ministério Público teve deliberado seus lineamentos institucionais iniciais, no Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que estabeleceu sua estrutura e imputações na esfera federal, como indicação do Procurador Geral pelo Presidente da República e seu desempenho para benefício dos direitos e interesses da União.

A Constituição Republicana de 1891 não aludiu à organização ou estruturação do Ministério Público como instituição. Apenas descreveu a escalação do Procurador Geral em meio aos membros do Supremo Tribunal Federal.

As compilações nacionais de normas auxiliaram a ascensão institucional do Ministério Público (Código civil, de 1919; Código Penal, de 1940). Isso se dá sobretudo com os Códigos de Processo Civil, de 1939 e de 1973. Neste último é prevista a forma residual de intervenção em razão do interesse público evidenciado pela natureza da lide (art. 82 inc. III), escrito em virtude da discussão, naquela década, na Europa, sobre a tutela coletiva de interesses. Com o Código de Processo Penal, de 1941, que concedeu a aptidão de requisição do inquérito policial e diligências e a titularidade de promoção da ação penal pública, a enumerada ascensão também toma corpo.

Somente com a Carta Magna de 1934 é atingida a institucionalização Constitucional do *parquet* nacional. Nela se descreve a escolha do Procurador Geral da República com a prévia sabatina pelo Senado e com vencimentos análogos aos dos Ministros do Supremo.

Na ditadura, em 1937, na Constituição do Estado Novo, foi pouco mencionada a instituição e não obteve nenhum avanço digno de nota.

A Constituição de 1946 prevê um título próprio para a instituição (Título III, Do Ministério Público), estruturando a ordenação do Ministério Público da União e dos Estados em carreira, com acesso mediante concurso, e enfeudando garantias de estabilidade e inamovibilidade aos funcionários, após dois anos de carreira. Conferiu ao Procurador Geral da República a representação de inconstitucionalidade e a necessidade de ser consultado nas rogativas de seqüestro de verbas públicas.

Na Constituição de 1967, o Ministério Público foi inserido no capítulo do Poder Judiciário, contudo, mantendo-se a mesma ordenação jurídica da Constituição de 1946. Com o golpe militar e a emenda nº 1, aplicada por uma junta militar, modificou-se profundamente a Constituição de 1967, colocando-se o Ministério Público no Poder Executivo, sendo o Procurador Geral demissível *ad nutum* pelo Chefe do Executivo. Em 1977, foi proposta a emenda constitucional nº 7, editando que os Ministérios Públicos Estaduais iriam ser organizados por intermédio de lei complementar de iniciativa do Presidente. Por fim, surge, em 1981, a lei complementar nº 40, a primeira lei orgânica do Ministério Público.

Após, em 1985, vem a lume a lei nº 7.345/85, da Ação Civil Pública, atribuindo funções de defesa de interesses difusos e coletivos ao *parquet* nacional.

Em 1986, acontece o 1º Encontro Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça e Presidentes de Associações de Ministério Público em Curitiba, visando obter uma proposta, com o encontro das lideranças ministeriais, para a Constituinte de 1988. Esta proposta foi denominada Carta de Curitiba (frise-se que a referida Carta inspirou-se, em algumas de suas disposições, na Constituição Portuguesa⁴), que foi usufruída com intensidade pela Assembléia Nacional Constituinte de 1988, prescrevendo o atual perfil constitucional ministerial.

⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime Jurídico do Ministério Público. 2007, p. 36.

1.2 ARQUITETURA CONSTITUCIONAL E NATUREZA JURÍDICA

Há uma dificuldade na doutrina em localizar e classificar o Ministério Público, em virtude de sua gama de atribuições, autonomia e atuações judiciais e extrajudiciais cada vez mais diversificadas perante os três poderes e a sociedade. A sua constante metamorfose ao longo dos anos e, atualmente, a modificação da hermenêutica das normas que regem seus institutos e formas de intervenção contribuem para embaraçar mais o debate, tanto que o Ministério Público chega a ser conceituado por Vicente Greco Filho de “representação anômala do Estado”.⁵

Dentro das inovações que a Constituição Federal de 1988 realizou, como se pode classificar e posicionar constitucionalmente o Ministério Público?

As ultrapassadas concepções de que o Ministério Público fazia parte do Poder Judiciário, porque atua junto deste em grande parte do tempo, ou de que era do Legislativo, visto que é defensor da ordem jurídica e fiscal da lei, ou, ainda, de que pertenceria ao Poder Executivo, visto que não legisla e não presta jurisdição, devem ser ignoradas, em virtude da evolução jurídica constitucional que o Ministério Público alcançou com a autonomia funcional e administrativa na Constituição de 1988, que o elevou ao nível de um órgão distinto dos três poderes e ao mesmo tempo interpoderes.

Não é possível a integração do Ministério Público no Poder Executivo ou nos outros “Poderes”, em razão da independência política e funcional do Ministério Público, pressuposto da objetividade e da imparcialidade de sua atuação nas suas funções compendiadas na proteção da ordem jurídica.⁶

Quando se preleciona que o Ministério Público é um órgão independente, com autonomia funcional e financeira, afirma-se que ele é um órgão extrapoder, ou seja, não depende de nenhum dos poderes do Estado, não podendo

⁵ GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. 2002, p. 153.

⁶ RTJ 147/129-30 Apud MORAES, Alexandre. Direito Constitucional, 2004. p. 66.

nenhum de seus membros sofrer instruções vinculantes de nenhuma autoridade pública.⁷

A noção dos três poderes independentes e harmônicos, embora reforçada pela teoria dos freios e contrapesos, jamais poderia ser entendida sem que se levasse em conta a instituição do Ministério Público, pois este não é apenas essencial e necessário à administração da justiça, mas também à viabilização da República, ao inter-relacionamento dos poderes e ao funcionamento do Estado Democrático. O Poder Judiciário interpreta e aplica as leis, mas, por sua própria natureza, só age quando acionado pelas partes interessadas. Ocorre que há interesses tão gerais e difusos que não podem ser atribuídos a um indivíduo ou grupo de indivíduos, até porque são indisponíveis. Daí a necessidade de existir a participação de uma magistratura ativa, magistratura em pé (o Ministério Público é assim chamado na Doutrina Italiana), que faça valer tais interesses, utilizando-se de todas as ações e recursos postos à disposição pelo ordenamento jurídico.

Também o Poder Executivo necessita de um controle externo efetivo. Portador de instituições de força, timbradas por relação hierárquica e, em algumas esferas, fortemente influenciadas pela política partidária, esse poder poderia tornar-se uma monstruosidade onipotente se não contasse com a fiscalização de um órgão não subordinado à sua hierarquia. O esboço dessas funções, que pressupõem uma relação de lateralidade e até mesmo de enfrentamento com os poderes formais do Estado, leva à concepção de uma instituição que tenha independência, autonomia funcional e administrativa e que possua as mesmas garantias e prerrogativas conferidas ao Poder Judiciário. Tal concepção levou alguns estudiosos a ver no Ministério Público, devido à natureza das suas funções, que o colocam ao lado e entre os poderes do Estado, o chamado “Quarto poder”.

Conforme José Paulo Baltazar e Sara Shütz⁸, a instituição ministerial é fruto da separação dos poderes, sendo a correia de comunicação entre os poderes, promovendo e viabilizando o funcionamento harmônico das engrenagens do poder como um todo. Diz-se, em biologia, que a necessidade faz o órgão e, assim, a

LAVIÉ, Humberto Quiroga. Estudio Analítico de la Reforma Constitucional., 1994, p. 65.

⁸ BALTAZAR, José Paulo. VASCONCELOS, Sara Shütz. O Ministério Público na Constituição Federal de 1988.1989, p. 11-34.

história engendrou uma instituição estatal que, assemelhada ou equiparada aos poderes do Estado, não constitui um novo poder, mas tem sua razão de ser na dinâmica interpoderes. No entendimento de muitos doutrinadores, o Ministério Público possui os requisitos e a aparência dos Poderes formais do Estado.

Embora não seja um Poder de Estado, o Ministério Público alcançou na Constituição Federal de 1988 as mesmas abonações de um Poder. Seu posicionamento constitucional, suas autonomias, funções, atribuições e vedações, a independência funcional de seus membros, todos esses fatores somados, enfim, o estabelecem como órgão essencial do Estado.

Eduardo Ritt⁹ afirma que a conclusão de que o *Parquet* brasileiro é órgão independente é incontestável. Diante do regime jurídico de que desfruta, distinto dos demais chamados Poderes do Estado, o Ministério Público, embora não esteja incluído expressamente entre aqueles, encontra-se estruturado, em tudo e por tudo, de modo idêntico a eles no que diz respeito às autonomias, garantias e prerrogativas. Assim, o Ministério Público, com seu posicionamento constitucional peculiar e especial, só encontra semelhança com o Executivo, o Judiciário e o Legislativo.

O Ministério Público recebeu, do Constituinte de 1988, ampla importância jurídica e é indubitável que o grau de sua autonomia e prerrogativas tenha características de um autêntico Poder. Nesse sentido, é preciso atentar para as garantias concedidas ao Ministério Público: autonomia financeira, administrativa e funcional; investidura, garantias e vedações equivalentes às do Poder Judiciário; a iniciativa de lei sobre criação de cargos e fixação de vencimentos é da própria instituição; nos crimes comuns, o Procurador Geral da República é julgado pelo Supremo Tribunal Federal, tal e qual o Presidente da República (chefe do Poder Executivo) e os membros do Congresso Nacional (Poder Legislativo); é crime de responsabilidade do Presidente da República praticar atos que atentem contra o livre exercício do Ministério Público, do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, dentre

⁹ RITT, Eduardo. O Ministério Público como Instrumento de Democracia e Garantia Constitucional. 2002, p. 149.

outras garantias constitucionais e infraconstitucionais expressas e implícitas congruentes com os nominados Poderes do Estado.

Após esta visão geral, aprofundando-se cientificamente, para melhor classificar o Ministério Público e sua localização, ou pelo menos prospectar estacas delimitadoras ou fronteiriças de conceitos, analisaremos a Teoria da Tripartição de Poderes. O dogma da separação dos Poderes a muito se findou, constituindo-se em um aparelho estimado do Liberalismo para manter a Sociedade em sua estrutura de poder ideal.

Montesquieu¹⁰, em sua obra “*O Espírito das Leis*”, pontifica que no Estado existem três Poderes, o Legislativo, o Judiciário e o Executivo, firmando sua doutrina tripartida. Porém, o que se identifica, na verdade, é a tripartição de funções do Estado. Visto que o Poder do Estado é uno e indivisível, o Legislativo, o Judiciário e o Executivo são meras funções desempenhadas pelo Estado, que exerce o poder em nome do Povo, que é verdadeiramente quem possui o Poder.

O conteúdo dos atos do Estado é sempre fruto de um mesmo poder. Daí ser incorreto afirmar a tripartição de poderes estatais e tomar esta expressão ao pé da letra. É que o poder é sempre um só, qualquer que seja a forma por ele assumida. Todas as manifestações de vontades emanadas em nome do Estado reportam-se sempre a um querer único que é próprio das organizações políticas estatais.¹¹ Esta linha tênue que define poder e função é facilmente transpassada, confundindo-se a distinção entre função e poder. Alega Dalmo de Abreu Dallari¹² que é totalmente inadequado falar-se numa separação de poderes, quando o que existe de fato é apenas uma distribuição de funções. Desta forma, o constitucionalismo moderno¹³ chama de divisão de tarefas estatais, de atividades entre órgãos distintos autônomos, o que a doutrina liberal clássica chamava de separação de poderes.

A teoria da tripartição dos poderes foi criada em um momento histórico em que se tentava reduzir ao máximo a intervenção do Estado.

¹⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Tradução de Pedro Vieira Mota. 1998, p. 25.

¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional* 1998, p. 339.

¹² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 1998, p. 216.

¹³ CLÉVE, Clémerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988, 1993*, p. 26.

Porém, com a evolução da sociedade nasceram novas exigências, que modificaram profundamente o Estado, que passou a ser cada vez mais solicitado a agir, ampliando sua esfera de ação e intensificando sua participação. A complexidade do Estado atual propiciou o engenho de novos órgãos particularizados e atuantes com os Poderes do classicismo liberal, como, por exemplo, a Ordem dos Advogados do Brasil, Defensorias Públicas e o Público Ministrante, que zelam pela Constituição, pela probidade da Administração Pública, pela ética na política. Dentre eles, a instituição ministerial é a mais distinta, pelo nível de autonomia de seus membros e suas volumosas atribuições.

Sob esta ótica da nova ordem constitucional, a Constituição Portuguesa de 1976 modificou os denominados poderes de Estado para órgãos de soberania, entendendo que os poderes são sistemas ou complexos de órgãos, aos quais a Constituição atribui certas competências para o exercício de certas funções, segundo as quais os órgãos de soberania são separados e interdependentes, sendo confiadas funções materialmente distintas (execução, jurisdição, legislação) a cada qual.¹⁴

Os órgãos de soberania possuem um grau de aptidão basilar dentro do Estado, conferido pela Constituição, e são equipados com auto-estruturação interna, não estão submissos aos outros órgãos. Contudo, existem relações de inter-atrelamento de controle de funções, com outros órgãos equipotentes ou constituídos com garantias constitucionais semelhantes. A divisão de funções estatais é realizada pela delegação de competência dos órgãos de soberania. Esta delegação é exercida nos limites estritos da lei, com circunspeção, pois, do contrário, a estruturação democrática das funções falharia. Este comissionamento de lineamentos operacionais constitucionais, transparente e precisamente definido, origina uma organização com competências e legitimação de órgãos que mutuamente se freiam (freios e contrapesos), inexistindo um intransigente isolamento das funções em jurisdição, execução e legislação.

“O que importa num estado constitucional de direito **não será tanto saber** se o que o legislador, o governo ou o juiz fazem são

¹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6. ed. Portugal, Coimbra: Almedina, 2002, p. 538-547.

atos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem **pode ser feito e é feito de forma legítima** (...) o exercício de funções administrativas pelo juiz, são apenas exemplos de ordenação funcional não coincidente com arquétipos apriorísticos e que só nos contextos constitucionais concretos deve ser explicada. A sobreposição das linhas divisórias de funções não justifica, por si só, que se fale de 'rupturas de divisão de poderes'. Estas rupturas ou desvios do princípio da divisão dos poderes só são, porém, legítimos na medida em que não interfiram com o núcleo essencial da ordenação constitucional de poderes".¹⁵ (grifo nosso)

O Ministério Público em Portugal é um órgão autônomo ou um Poder autônomo do Estado, dotado de independência institucional em relação a qualquer outro poder, previsto em um capítulo específico, fora do Poder Judiciário. Contudo, é designado como órgão do poder judicial.¹⁶ O Ministério Público Lusitano goza de estatuto próprio e de autonomia em relação aos demais órgãos do poder central, regional e local. Sua autonomia caracteriza-se pela sua vinculação a critérios de legalidade e objetividade e pela exclusiva sujeição do magistrado do ministério público às diretivas ordens e instruções previstas no seu respectivo estatuto (art. 1ª e 2ª da lei nº 60/98 Estatuto do Ministério Público Português)¹⁷. O Ministério Português deve zelar também pelos direitos transindividuais: meio ambiente, as relações de consumo, patrimônio público, histórico e cultural. Porém, possui grandes divergências do *parquet* nacional, que é único no Mundo em seu conjunto de funções, garantias e independência. Por exemplo, o Órgão Lusitano deve exercer a defesa judicial do Estado, tendo a faculdade de contratar advogados para realizar tal função (art. 20 do Código de Processo Civil Português), exercício análogo ao da Advocacia Geral da União no Brasil. Também distintamente do órgão brasileiro, que tem vedação constitucional com relação à consultoria jurídica, o *parquet* Lusitano possui atribuição consultiva, efetivada por meio de um Conselho Consultivo.

Nesta acepção de superação da casta liberal tripartida, Canotilho ensina, sobre os órgãos constitucionais de soberania,

"(...) que a eles pertence o exercício do poder (*autoritas, majestas*) superior do Estado, quer na sua dimensão externa (relativamente a outros Estados e poderes soberanos), quer na

¹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2002, p. 252.

¹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2002, p. 679-680.

¹⁷ CARDOSO, Álvaro Lopes. Estatuto do Ministério Público Anotado, 1999, p. 11-12.

sua dimensão interna (frente a outros 'centros de poder' internos). Daqui se deduz também que os órgãos constitucionais de soberania, além de derivarem imediatamente da constituição, são co-essenciais à caracterização da forma de governo, constitucionalmente instituída. Ao contrário de outros órgãos constitucionais, previstos na lei fundamental, mas que não concorrem para a configuração da forma de governo, a alteração ou supressão dos órgãos constitucionais da soberania implica a própria transformação da forma de governo. Por isso se afirma **que são órgãos definidores da forma política em concreto:** forma de Estado, regime político, sistema de governo" (grifo nosso)

A partir desse ângulo científico pelo qual se define o órgão de soberania, somado às garantias constitucionais concedidas ao Ministério Público, muitos vislumbram no Ministério Público um quarto Poder, afirmando Judivan Vieira¹⁸ que o Ministério Público só não é um Quarto Poder porque o legislador brasileiro teve receio de inovar. Todavia, a afirmação de que o Ministério Público é um quarto poder aborrece a estrutura da Separação dos Poderes constitucional e, conseqüentemente, a ordem jurídica, protegida nesta seara pela cláusula pétrea do art. 60, § 4, inciso III, da Constituição Federal, e vai contra a atribuição do *Parquet* nacional, que é a de defesa da própria ordem jurídica. Ou seja, juridicamente, no Estado Brasileiro, é um contra-senso fazer tal afirmativa. Porém, do ponto de vista científico, podemos discutir os institutos do Ministério Público como congruentes de um Poder, ou denominar o órgão como um órgão de soberania, de fiscalização e defensor da Constituição, da Democracia e da Sociedade.

De certa forma, é indiferente qualificar o Ministério Público de "Quarto Poder" ou não, já que o importante é a sua independência ou a sua não subordinação aos outros poderes, suas garantias e funções essenciais à justiça e ao Estado, e a liberdade do promotor de justiça em sua atuação, inclusive com relação ao seu Procurador Geral. É inexpressiva a discussão de elevar o *parquet* a um Quarto Poder, justamente porque a teoria liberal de divisão de poderes (estritamente falando) foi suprimida (pelas complexidades do Estado Contemporâneo e os ensinamentos de grandes constitucionalistas e administrativistas), não tendo motivo a inclusão de mais um poder em uma estrutura teórica suplantada. As garantias e os seus instrumentos

¹⁸ VIEIRA, Judivan J. Ministério Público - O 4º Poder. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 66.

constitucionais de atuação é que são importantes para defesa dos direitos da Sociedade e da Constituição, e não a alcunha de Quarto Poder.

É cogente pontuar que essas garantias e instrumentos alcançados na Constituição não podem ser alterados, observando-se que, ao expressar o modo permanente da instituição, o poder constituinte originário entendeu que o poder derivado desfigura a instituição e sua destinação (não sendo transgredido o princípio permanente). Além disso, constata-se que tais garantias também o são para a sociedade, que tem, através da instituição, assegurada a defesa dos direitos fundamentais, protegidos pelas próprias cláusulas pétreas supra-citadas, para manutenção do regime democrático, com a conservação da harmonia da Separação dos Poderes (freios e contrapesos), juntamente protegida nas referidas cláusulas. Acerca da relevância das garantias ministeriais, explana Gilmar Mendes:

“(...) com a reconstrução da ordem constitucional, emergiu o Ministério Público sob o **signo da legitimidade democrática**. Ampliaram-se-lhe os meios necessários à consecução de sua destinação constitucional; atendeu-se, finalmente, a antiga **reivindicação da própria sociedade civil**. Posto que o Ministério Público não constitui órgão ancilar do Governo, instituiu o legislador constituinte um sistema de garantias destinado a proteger o membro da Instituição e a própria Instituição, cuja atuação autônoma configura a **confiança de respeito aos direitos, individuais e coletivos**, e a certeza de submissão dos Poderes à lei”¹⁹ (grifo nosso)

Sobre a imutabilidade das garantias, ensina Alexandre de Moraes:

“Desse modo, por ser o Ministério Público instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbido, entre outras importantíssimas funções, da defesa das cláusulas pétreas como a separação de Poderes, os direitos e garantias individuais e a própria existência da Federação (...) ao defender o regime democrático, nenhuma norma do Poder Constituinte **derivado poderá alterar sua estrutura orgânica**, suas garantias de independência e imparcialidade e suas funções de controle, todas fixadas em defesa **da própria sociedade e perpetuidade da democracia**.”²⁰ (grifo nosso)

¹⁹ RTJ147/161 Apud MORAIS, Alexandre. Direito Constitucional. 2004, p. 537.

²⁰ MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 2004, p. 538.

É importante, ainda, esboçar o ensino de Hely Lopes Meireles acerca da teoria do órgão²¹, teoria que tem seus fundamentos na doutrina de Gierke,²² que consiste na superação das teorias do mandato e representação. A teoria do mandato, em suma, versa que o agente, pessoa física, é mandatário da pessoa jurídica. Contudo, diante do questionamento de quem concedeu o mandato, a teoria desliza. A teoria da representação, em síntese, tinha o agente por representante da pessoa jurídica, análogo ao tutor de incapazes. Porém, como o incapaz seria quem estrutura e delega a sua própria representação? Em suma, a argumentação da teoria é auto-conflitiva.

Os órgãos públicos são núcleos de competência, criados para desempenhar funções estatais, através da conduta dos seus agentes, que é arrogada à entidade que integram. Esses órgãos públicos, cernes de aptidão de funções estatais, são o próprio Estado fragmentado, dedicados a otimizar as atividades públicas. O ilustre administrativista brasileiro realiza classificações para órgãos públicos, dividindo-os em órgãos independentes, autônomos, superiores e subalternos, situando o Ministério Público entre os Poderes Formais do Estado:

“Órgãos independentes são os originários da Constituição e representativos dos Poderes de Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário –, colocados no ápice da pirâmide governamental, sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional, e só sujeitos aos controles constitucionais de um Poder pelo outro. Por isso, são também chamados *órgãos primários* do Estado. Esses órgãos detêm e exercem precipuamente as funções *políticas, judiciais e quase judiciais* outorgadas diretamente pela Constituição, para serem desempenhadas pessoalmente por seus membros (*agentes políticos*, distintos de seus servidores, que são *agentes administrativos*) (...) De se incluir, ainda, nesta classe, o **Ministério Público federal e estadual**, (...) os quais são órgãos funcionalmente independentes (...)”²³ (grifo nosso)

Os promotores de justiça são agentes políticos, que possuem uma relação de imputação para com o órgão “Ministério Público”, porque a atividade dos promotores, administrativa, exótica ou quase judicial, identifica-se e confunde-se

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 2004, p.67-69.

²² GIERKE, Otto. Die Genossenschafts-theorie in die deutsche Rechtsprechung, 1887.

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 2004, p.70-71.

com a da pessoa jurídica; exprimindo a vontade da pessoa física, a vontade do órgão que, compreende-se, também que é a aspiração do Estado e da sociedade que o órgão desempenhe esta função. Entretanto, para isso é imprescindível que o agente político tenha a formação, o conhecimento denso do papel a ser exercido pelo seu órgão, e a capacidade de o desempenhar com grande discernimento e destreza.

Francesco Carnelutti se pronuncia, acerca desta esdrúxula atividade administrativa do *parquet* nacional, da seguinte maneira:

“O Ministério Público tem uma posição intermediária entre o juiz e a parte: tal como o juiz, é um oficial e forma parte do ofício judicial; assim como a parte, sua incumbência não consiste em prover em relação à formação ou integração dos preceitos ou em relação às sanções, e sim em promover a providência. Por isso, as relações jurídicas que a ele pertencem **apresentam uma figura ambígua**, que não se situa facilmente nos quadros da teoria geral (...)”²⁴ (grifo nosso)

Canotilho²⁵ pontua que o Ministério Público é um órgão de ligação entre o poder judicial e o poder executivo e que, visualizando-se a totalidade de suas funções, o denominador comum é o exercício de tutela dos interesses do Estado Comunidade e não do Estado Pessoa. Pontes de Miranda²⁶ ensina que o Ministério Público não é órgão jurisdicional, mas administrativo, com corpo autônomo, ao mesmo lado e diferente da magistratura, ligado mas independente do Poder Executivo.

Atualmente, o conceito que melhor se amoldaria a nossa realidade brasileira seria o de que a natureza jurídica do Ministério Público é a de órgão do Estado, não do Poder Executivo ou do Legislativo ou Judiciário. Entretanto, como não legisla nem presta jurisdição, sua natureza é tipicamente administrativa, embora a Constituição Federal lhe tenha dado as garantias efetivas de Poder.²⁷ A não inserção do Ministério Público em um dos Poderes Formais do Estado é necessária para a execução de sua função administrativa particularizada, com relação aos poderes

²⁴ CARNELUTTI, Francesco. Instituições de Processo Civil. 2005, p. 355.

²⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2002, p. 679-681.

²⁶ Pontes de Miranda Apud MARQUES, Jose Frederico. Instituições de Direito Processual Civil 2000 p. 241.

²⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. Ministério Público 2005, p.32.

típicos. O Ministro do Supremo, Carlos Ayres Brito, preleciona com relação a essa peculiar prestação administrativa:

“A nosso juízo, a instituição, o princípio ou a idéia motriz de um Ministério Público é algo uno e indivisível. Há perfeita identidade quanto à inspiração criadora da Instituição, entendida como um princípio regente da própria organização estatal. Numa palavra, o princípio de que é rigorosamente necessário embutir no esquema anatomofisiológico do Estado um aparelho opinativo tão **administrativamente singular** quanto tecnicamente autônomo”²⁸ (grifo nosso)

Os doutos de Administração Pública (Renato Alesi se destaca nessa divisão) realizam uma divisão do conceito de interesse público (questão que será abordada no capítulo 2) em primário, que é o interesse coletivo ou da sociedade como um todo, e secundário, que seria o interesse meramente governamental ou dos órgãos públicos, que eventualmente pode não se coligar com o primeiro. A exótica atividade administrativa supra mencionada seria aquela do esmero pelo interesse público primário. No Estado coevo, cheio de abstrusidades, a instituição ministerial foi quem recebeu a envergadura de zelo pelo interesse público primário, na maior parte efetuando judicialmente este cuidado, e tem no interesse público, ou atividade administrativa distinta, o legitimador de sua atuação, o motivo de seu surgimento e de sua perene evolução.

Ruy Rosado de Aguiar Junior, 17 anos antes da atual Constituição, explanava acerca do interesse público e da atividade administrativa diferenciada que envolvem a atividade do Ministério Público:

“Cabe dizer, então, que o Ministério Público, dentro da função executiva, desenvolve atividade de administração. Não tem função governamental porque nada inova no quadro jurídico, mas antes está vinculado estreitamente à lei, com margem mínima à discricionariedade (às vezes nenhuma, como no oferecimento da denúncia), cabendo-lhe apenas, nas hipóteses previstas, executá-la ou velar por sua execução; tanto é assim que costuma ser chamado de ‘órgão da lei’. No exercício de função secundária, exerce atividade administrativa, qual seja de provocar a manifestação do Poder Judiciário para a execução de leis que dependam da prévia intervenção da garantia jurisdicional, **onde assim o exigir o interesse público**. Essa é

²⁸ BRITO. Carlos Ayres. Ministério Público da União e do Tribunal de Contas – órgãos distintos. Revista de Direito Público 69/3244.

a **função cerne** do Ministério Público, **específica, que é distinta das demais por outros órgãos de administração**. Essa função administrativa é exercida através de atos processuais, com principalidade, e de atos extraprocessuais (...)”²⁹ (grifo nosso)

O *parquet* brasileiro é órgão independente de tutela do interesse público, necessitando estar desvinculado do exercício administrativo do governo, contra quem poderá atuar extra ou judicialmente quando entender adverso o interesse estatal em relação ao da sociedade, realizando função administrativa distinta da do Poder Executivo. O Ministério Público, conforme Fernando Antonio Negreiros de Lima³⁰, é um braço do Estado na sociedade civil. Porém, em equivalência, é um braço da sociedade civil no corpo do Estado, com funções de controle da coisa pública. Sendo órgão de natureza administrativa, independente, originado com o fim de especar, em juízo e fora dele, a primazia de certos interesses públicos, os quais a sociedade considere proeminentes e em relação aos quais seja imprescindível sua interferência cautelar para resguardá-los. O conceito de Liebman é também esclarecedor nesse sentido:

“O Ministério Público é, ele próprio, um órgão do Estado, ao qual cabe tutelar um específico interesse público (administrativo *lato sensu*), que tem por objeto a atuação da lei por parte dos órgãos jurisdicionais nas áreas e nos casos em que as normas jurídicas são ditadas por **razões de utilidade geral ou social**: trata-se de casos em que a concreta observância da lei é necessária à segurança e ao **bem estar da sociedade**, não podendo a tarefa de provocar a sua aplicação pelos juizes **ser deixada à iniciativa dos particulares** (...)”³¹ (grifo nosso)

²⁹ AGUIAR, JUNIOR. Ruy Rosado. O Ministério Público: Posição Constitucional e Conceito, 1973, p. 146-147.

³⁰ LIMA, Fernando Antonio Negreiros. A Intervenção do Ministério Público: no Processo Civil Brasileiro como *custos legis*. 2007, p. 81.

³¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. 1985, p. 135.

1.3 NORMAS CONSTITUCIONAIS INSTITUCIONAIS

O legislador constituinte inseriu o Ministério Público no Capítulo das Funções Essências à Justiça, consagrou os princípios da unidade, indivisibilidade, autonomia e independência funcional e administrativa do órgão, estabeleceu suas garantias, semelhantes às do Poder Judiciário, prescreveu suas funções institucionais exclusivas e concorrentes de vultosa importância para o desenvolvimento do nosso país, provendo ao Ministério Público um tratamento extensivo, que jamais tinha gozado em nossas Constituições pretéritas, revestindo-o de prerrogativas e competências inéditas.

O Ministério Público foi elevado a defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, que consiste na defesa dos principais interesses sociais difusos e coletivos, como os do meio ambiente, do consumidor, combate à improbidade administrativa e na defesa do patrimônio público social, dentre outros, sendo amplíssima sua gama de atribuições.

O princípio da Unidade evidencia que o Ministério Público é um só órgão sob a chefia de um único Procurador Geral, sendo esta unidade referente a cada Ministério Público (Estadual, Federal, Militar, Trabalho). Ou seja, cada Ministério Público é chefiado por seu respectivo Procurador Geral.

O princípio da Indivisibilidade proporciona que os membros de cada Ministério Público possam sub-rogar-se na atuação processual, exercendo a mesma função, pois não estão estritamente atrelados às lides. Esta permuta, porém, não é despótica e sim conforme aquilo que a legislação consente.

A Autonomia Funcional garante ao Ministério Público, na prática de seus atos, não estar sujeito à anuência, nem subordinado a decisões e entendimentos dos Poderes do Estado ou de qualquer órgão e instituição, estando unicamente submisso à ordem jurídica que é incumbido de defender:

“O órgão do Ministério Público é independente no exercício de suas funções, não ficando sujeito às ordens, de quem quer que seja, somente devendo prestar contas de seus atos à Constituição, às leis e a sua consciência.”³²

³² RTJ 147/142 Apud MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

É inequívoco que essa autonomia funciona com o engenho do sistema de colaboração e direção dos órgãos que exercem as funções precípua do Estado, ocorrendo intromissão do Poder Executivo na escolha e nomeação do Procurador-Geral da República dentre os integrantes de carreira e do Procurador Geral de Justiça por lista tríplice dos eleitos pelos membros do respectivo Ministério Público Estadual. Há, além disso, controle orçamentário pelo Legislativo por meio do Tribunal de Contas e destituição do Procurador Geral por votação das Assembléias Legislativas, e controle do Poder Judiciário, a quem são endereçadas as aspirações de abrigo normativo.

A independência Funcional proporciona ao componente do Ministério Público total independência de atuação e manifestação com relação a outro componente do Órgão. As recomendações e orientações dos órgãos superiores como a corregedoria não são de forma alguma vinculantes. O mesmo acontece com relação ao Conselho Superior e aos Centros de Apoio e até quanto ao Procurador Geral, visto que a chefia tem um caráter administrativo e não funcional.

É importante ressaltar que o Conselho Nacional do Ministério Público, criado com a emenda nº 45, deve zelar pela autonomia funcional e administrativa ministerial, e que ele possui apenas um controle administrativo e financeiro, não funcional, e que os atos regulamentares expedidos por esse órgão atuam em um estrito espaço concedido pelas leis infraconstitucionais e pela Constituição. Neste sentido,

“(...) as resoluções que podem ser expedidas pelos aludidos conselhos não podem criar direitos e obrigações e tampouco se imiscuir (especialmente no que tange às restrições) na esfera dos direitos e garantias individuais ou coletivas. O poder ‘regulamentador’ dos Conselhos esbarra, assim, na impossibilidade de inovar. As garantias, os deveres e as vedações dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público estão devidamente explicitados no texto constitucional e nas respectivas leis orgânicas. Qualquer resolução que signifique inovação será, pois, inconstitucional.”³³

³³ STRECK, Lenio. SARLET, Ingo Wolfgang. CLEVE. Clemerson Merlin. Os Limites Constitucionais das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)

Esta independência abrolha nitidamente no processo penal, quando o promotor pugna pelo arquivamento (art. 28 do Código de Processo Penal) da ação penal, e o Procurador Geral, discrepando, pode propriamente oferecer a denúncia ou designar outro agente ministerial para efetivá-la, sem ter, no entanto, a capacidade de exigir, de quem se manifestou pela retenção da ação, que persista em conduzi-la. Semelhante previsão é a da promoção dos arquivamentos do inquérito civil na lei de ação civil pública e, mais recentemente, da representação de aplicação de medida sócio-educativa em menores infratores, no estatuto da criança e do adolescente:

“Independência funcional e inexistência de vinculação dos membros do Ministério Público a pronunciamentos processuais de outros membros da instituição: STJ – ‘O princípio da unidade e da indivisibilidade do MP não implica vinculação de pronunciamento de seus agentes no processo, de modo a obrigar que um promotor que substitui outro observe obrigatoriamente a linha de pensamento de seu antecessor (...)’³⁴

A Constituição Federal sopesa que é crime de responsabilidade do Presidente da República a prática de atos atentatórios contra o livre exercício da Instituição (art. 85, inciso II, da Constituição Federal), zelando, assim, pela autonomia e independência funcional do órgão.

Provendo também a Constituição Federal o aparelhamento necessário para que a Instituição Permanente possa efetivamente exercer suas incumbências, eis que no art. 129 da carta magna e seus incisos faz-se menção às funções institucionais do Ministério Público, que, na verdade, referem-se aos seus instrumentos de atuação institucional, visto que as funções institucionais estão dispostas no art. 127 *caput*. Dentre elas, as mais proeminentes são as concernentes à exclusividade da ação penal pública, em que o Ministério Público participa em grande parte do exercício do *ius puniendi* do Estado, estando intimamente ligado às suas atribuições de requisição de diligências investigatórias, instauração de inquérito policial

e controle externo da atividade policial, e referente à promoção da ação civil pública como uma das medidas mais importantes para zelar pelo efetivo respeito, pelos Poderes Públicos e pelos serviços de relevância pública, aos direitos constitucionais e também pela proteção do patrimônio público, dos bens e dos direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico, social e do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (observando-se que é meramente exemplificativa a disposição legal e não taxativa).

Além disso, a atuação do Ministério Público inclui a possibilidade de instauração do inquérito civil, para buscar elementos de convicção e fundamentação para implementação da ação. Na atual sociedade, com a indexação do processo civil aos princípios da Magna Carta de 1988, é imperiosa a concretização dos direitos fundamentais no seio da sociedade na prestação jurisdicional cível, sendo o Ministério Público um abissal patrono da cidadania nesta messe, através da legitimidade ativa na referida ação.

O princípio do Promotor natural também delineia seu perfil constitucional. Ele advém do art. 5º, inciso LIII, da Constituição Federal, que alude que ninguém será processado senão pela autoridade competente. Conseqüentemente, como o promotor é fidedigno autor das ações penais e das ações civis públicas, está incluído nesta referência constitucional, coibindo-se, assim, o escambo de promotores arbitrariamente ou as designações casuísticas, e, além disso, preservando-se a garantia da inamovibilidade, e propiciando ao agente ministerial desempenhar seu chamado constitucional alforriado de pressões e influências políticas, econômicas, religiosas, etc., e indicações discricionárias do Procurador Geral ou de uma outra chefia pública. Se o promotor fosse indicado casuisticamente e fosse ele que promovesse, por exemplo, a ação cível contra poderosa multinacional que polui o meio ambiente de maneira intransigente ou que abusa da autoridade do poder econômico, que promovesse ação penal contra autoridade pública ímproba, de expressivo poder, que interviesse genericamente em feitos que envolvessem direitos difusos conflitantes, por certo não teria a sociedade a caução de que os interesses sociais do Estado Democrático estariam sendo eficazmente resguardados.

Estão, desta forma, delineados os pilares do Perfil Constitucional do Ministério Público: a autonomia do órgão; a independência funcional dos seus membros; e a sua atividade administrativa peculiar (limiar entre o político e o jurídico) de tutela da lei e dos interesses sociais.

2 A INTERVENÇÃO FUNDADA NA PARTE FINAL DO INC. III DO ART. 82

2.1 CUSTOS LEGIS

O Código de Processo Civil dispõe em seus artigos 82 e 83 que o Ministério Público deverá intervir nas causas em que há interesse de incapazes; nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposição de última vontade; nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte. Cabem a ele, no processo, os mesmos poderes e ônus que às partes. Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo. Ele também poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade.

Estão previstas outras intervenções, bem conhecidas do *parquet* em leis esparsas: na desapropriação para fins de reforma agrária, lei complementar nº 76, art. 18, § 2º; no Estatuto da Criança e do Adolescente, lei nº 8.609/90, art. 202; no Estatuto do Idoso, lei 10.741/03, art. 75; no mandado de segurança, lei nº 1.533/51, art. 10; na ação popular, lei nº 4.717/65, art. 7º, inciso I, alínea 'a'; no *habeas data*, lei nº 9.507/97, art. 12; na lei nº da lei 7.347/85, art. 5º, § 1º; no código de defesa do consumidor, lei nº 8.078/90, art. 90.

O Ministério Público pode atuar no processo civil como parte de acordo com o artigo 81 do Código de Processo Civil, como substituto processual (para parte da doutrina) no caso do artigo 9º e seus incisos e como fiscal da lei conforme os artigos 82 e 83. Visualizando-se as maneiras distintas de atuação do *parquet*, conforme a doutrina de Hugo Nigro Mazzilli, tem-se:

- "a) autor, não é representante da parte, exceto na falta de defensoria pública, realizando então assistência judiciária;
- b) substituto processual;
- c) interveniente em razão da natureza da lide, neste caso atua como *custos legis* **não vinculado ao interesse das partes** como no mandado de segurança e ação popular, porém, **ligado ao interesse público**;
- d) interveniente em razão da qualidade da parte, não como fiscal da lei e sim protegendo o interesse do incapaz, **(grifo e sublinhado nosso - observando que na diferenciação**

dos itens “b”, “c” e “d” existe divergência doutrinária que será abordada na seqüência)¹.

Alguns doutrinadores criticam a distinção da atuação do *parquet* como fiscal da lei e parte, visto que adotam o conceito de parte de Liebman², segundo o qual as partes são os sujeitos do contraditório instituídos perante o juiz ou os sujeitos do processo diversos do juiz, ou seja, basta ser titular do contraditório para constituir-se como parte. Seguindo este conceito o Ministério Público ao intervir como fiscal da lei é parte. Entretanto, embasando-se no conceito de parte de Chiovenda,³ em que são partes o autor e o réu, sendo autor quem requer a tutela jurisdicional e réu contra quem é formulado o pedido, a diferenciação está correta. E é este último conceito o abraçado pelo Código de Processo Civil, que estabelece que o Ministério Público é parte quando autor da ação e fiscal da lei quando intervém no processo, zelando pela devida aplicação da lei e proteção do interesse público.

Contudo, Humberto Dalla⁴ adverte que, mesmo quando o Ministério Público atua como parte, não perde o seu caráter de fiscal da lei, visto que, quando o Ministério Público está em juízo, representa o interesse da sociedade, de um grupo de indivíduos ou de uma única pessoa, nas hipóteses previstas pelo legislador. Este renque de raciocínio exprime que o promotor não defende interesses pessoais, ponderando que ele está vinculado em todas as suas manifestações processuais à correta aplicação da lei e à defesa da pessoa ou das pessoas que motivaram a impetração daquela ação. Ou seja, não existe contradição entre ser parte e ao mesmo tempo exercer o papel de *custos legis*. Assim, tem o promotor um desempenho híbrido (parte/fiscal), de real segurança do Estado Democrático de Direito, no alcance em que a sociedade possui. Ele é um agente político (na categorização de Helly Lopes Meirelles dos servidores explanada no cap. 1 deste trabalho) afeto à correta aplicação da lei.

O Ministério Público como fiscal da lei terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado dos atos do processo. Poderá juntar

¹MAZZILI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 1999, p. 60.

²LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. v.2. Tradução de Candido Rangel, 1985,

³CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. 3 ed. 1vol. Campinas: Bookseller, 2002, p. 79-81.

⁴DALLA, Humberto. A Tutela do Interesse Coletivo como Instrumento Polarizador da Participação do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro. Humberto Dalla Site. Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br>>. Acesso em: 26 de abril de 2005.

documentos e certidões, produzir provas em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade e deve ser intimado pessoalmente, segundo relata o art. 236, § 2º, do supramencionado Código. O *Parquet* pode recorrer da decisão que entender não ser correta, independente de ter atuado como parte ou fiscal da lei. “O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte”.⁵

A função do Ministério Público é fiscalizar a atuação das partes e do juiz com vista à correta aplicação da lei, de sorte a viabilizar o prevalecimento dos interesses indisponíveis da sociedade quando esses, de fato, existam, bem como impedir que interesses relevantes em tese, mas não amparados pelo direito, recebam a chancela do Poder Judiciário.⁶

Além disso, o Ministério Público, com a aptidão constitucional de defensor da ordem jurídica, dos interesses sociais e individuais indisponíveis e do regime democrático, quando exerce a função de *custos legis*, zela pela correta aplicação da legislação, estando desvinculado de qualquer interesse privado e somente conectado ao interesse público, que deve ser resguardado. Quando atua como fiscal da lei, não tem compromisso nem com a parte ativa e nem com a parte passiva da relação processual e somente defende a prevalência da ordem jurídica e do bem comum.⁷

O *custos legis* é sujeito especial do processo, que atua em nome próprio para a defesa de interesses que o Estado deve tutelar nos conflitos litigiosos ou na administração judicial de direitos subjetivos, a fim de que não fiquem à mercê da vontade privada.

O promotor é o sujeito especial que participa do processo, como *viva vox*⁸ de interesses da sociedade, a serem salvaguardados na composição da lide.

As formas de distinção da intervenção do Ministério Público, de acordo com a finalidade de sua intervenção, geram controvérsias na doutrina no que diz respeito a como deve ser desempenhada a função ministerial,

⁵ Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 99.

⁶ MACHADO, Antonio Cláudio Costa. A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro. 1998, p. 280-281.

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 2004, p. 140.

⁸ MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. 1983, p. 310.

principalmente no que tange aos interesses de incapazes em juízo. Atentaremos, portanto, ao debate da intervenção em razão dos incapazes, porque nela se sobressai o perfil Constitucional do Ministério Público.

Antonio Cláudio da Costa Machado⁹ realiza uma diversificação, observando a intervenção pela incapacidade da parte e da natureza da relação jurídica, quanto à indisponibilidade de direitos, dividindo-os em objetivos e subjetivos.

Em uma fisionomia, a lei indica a indisponibilidade de um interesse por efeito da sua essencialidade social (como os interesses ligados à família, ao processo eleitoral, aos registros públicos, etc). Outro semblante é o que revela que a lei origina a indisponibilidade genérica de interesses por causa da condição de inaptidão de seu titular. Na primeira conjectura, como não importa a titularidade do interesse, que é relevantíssimo socialmente, e por isso indisponível, o Ministério Público é chamado a participar imparcialmente do processo, colaborando com o juiz e com as partes, com o escopo de consentir a mais completa significação jurisdicional do interesse. O amparo da indisponibilidade esmera-se pelo reconhecimento tanto da existência como da inexistência do interesse. Na segunda possibilidade, por se tratar de interesses que só se tornam salientes em virtude da incapacidade de seu titular (hipossuficiência processual), tudo se transtornaria. O promotor abafaria sua imparcialidade e operaria como um assistente da parte incapaz, como ressalta Antonio Cláudio. A estirpe objetiva ou subjetiva da indisponibilidade incita a precisão do Ministério Público, no sentido de se aparelhar adequadamente no processo, ajustando formalmente a sua intervenção ao interesse que cumpre defender.

Na intervenção em virtude da natureza da lide, de acordo com Mazzili¹⁰ e também Antonio Cláudio, o Ministério Público participa imparcialmente do processo, colaborando com o juiz e com as partes, exclusivamente para certificar que o interesse social será resguardado no caso concreto.

Nas questões de estado da pessoa, a intervenção ministerial realiza-se para fiscalizar o interesse, imparcialmente considerado, de

⁹ MACHADO, Antonio Cláudio Costa. A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro. 1998, p. 64-65.

¹⁰ MAZZILI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 1999, p. 68.

atuar normas de ordem pública (ex.: ação de nulidade de casamento). Contudo, na intervenção por causa da incapacidade de uma das partes, entendem os doutos que o agente ministerial deixa de ser imparcial e presta assistência à parte inábil judicialmente. Quando o Ministério Público intervém por motivo de interesse público conexo às condições especiais de uma pessoa (incapaz, acidentado do trabalho, pessoa portadora de deficiência), não é a própria relação jurídica que, em si, é indisponível. O que ocorre é que um dos titulares da relação jurídica não tem plena disponibilidade de seus interesses. A intervenção do *parquet* consistirá no zelo da indisponibilidade ou no zelo do interesse público ligado especificamente a uma das partes da relação processual. Por isso que aqui a atuação ministerial será protetiva.

Intervindo em razão da natureza da lide, o Ministério Público defende interesse impessoal da coletividade. Intervindo pela qualidade da parte, tem atuação protetiva à parte.¹¹

Porém, Paulo Cezar Carneiro¹² argumenta que o Ministério Público sempre atua imparcialmente, somente buscando a correta aplicação do ordenamento jurídico, independente de favorecer ou não à parte incapaz, sendo descabida a distinção de atuação imparcial e de assistente. No mesmo sentido, José Fernando da Silva Lopes,¹³ em síntese, defende que o que justifica a intervenção do Ministério Público no exercício de sua função de *custos legis* é sempre a ameaça de que o magistrado perca a sua neutralidade ou imparcialidade pelo uso imoderado do poder de investigação de provas ante a omissão das partes ou na azáfama de bem obrar os direitos indisponíveis. Para que a imparcialidade não se desbote, ingressa o Ministério Público para perpetrar aquilo que a parte deveria fazer, mas não o praticou, aparecendo no processo como verdadeiro órgão de controle do interesse público em primazia do interesse do incapaz, preocupado com a atuação da lei e com a relevante necessidade de garantir a mais estrita neutralidade do organismo jurisdicional. Essa linha da doutrina conclui que o promotor não é um procurador da parte, mesmo que esta parte seja incapaz, e que ele pode, no exercício da proteção, durante a produção de provas em

¹¹ MAZZILI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo 1999, p. 67-69.

¹² CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Apud TESHEINER, José Maria. O Ministério Público Como Fiscal da Lei no Processo Civil. Páginas de Direito. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br>>. Acesso em 24 de março de 2005.

¹³ LOPES, José Fernando da Silva. O Ministério Público e o processo civil. São Paulo: Saraiva. Apud MACHADO, 1998, p. 220.

favor do inábil, acurar que a proficuidade pretendida é ilegal e até merecedora de reprovação e evidentemente não se manifestar favoravelmente.

Alcides Mendonça¹⁴ também fundamenta que a instituição do Ministério Público exerce uma vigilância para que tais causas sejam solucionadas conforme a lei aplicável, ainda mesmo contra os interesses alegados em favor dos incapazes.

Os doutrinadores que se filiam ao entendimento que o *parquet* nacional intervém ininterruptamente como fiscal da lei (e pode se manifestar contra os interesses do incapaz) ressalvam que ele não pode recorrer de uma sentença, mesmo quando vislumbre ilegalidade na decisão, se a deliberação for benéfica ao incapaz. O promotor, então, tem uma atuação como fiscal da lei e não de assistência judiciária, mesmo quando intervém por causa da incapacidade de uma das partes, não precisando suprir eventuais omissões processuais, podendo manifestar-se contra o incapaz, mas não pode recorrer do processo contra o incapaz, porque senão estaria tutelando interesse da parte contrária, que é maior e capaz, devendo somente ela recorrer.

Preleciona Paulo César Carneiro¹⁵ que os limites da atuação processual ministerial, notadamente do ponto de vista do interesse recursal, estarão intimamente ligados ao destinatário individualmente especificado. Isto é, na hipótese de uma sentença, mesmo sendo injusta e ilegal, porém, favorável ao destinatário individual da norma que determina a intervenção do Ministério Público, não é cabível o recurso do *parquet*.

A atuação ministerial possui duas expressões. No início, atua o *parquet* como parte (apesar de não ser parte), produzindo provas em audiência, juntando documentos e certidões, requerendo medidas e diligências que entender necessárias, conforme versa o artigo 83 do Código de Processo Civil. Em outro momento, após a fase de instrução, o agente ministerial emite pareceres (apesar de não ser juiz). Sob a égide desta divisão, os doutrinadores da permanente fiscalidade fundamentam que o promotor pode emitir parecer contrário ao incapaz

¹⁴ LIMA, Alcides Mendonça. Atividade do Ministério Público no Processo Civil. Revista Processo, v. 10, Apud MACHADO, 1998, p. 221.

¹⁵ VIEGAS, João Francisco. Apud TESHEINER, José Maria. O Ministério Público Como Fiscal da Lei no Processo Civil. Páginas de Direito. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br>>. Acesso em 24 de março de 2005..

nos demais atos processuais, porém, não pode recorrer em favor da parte diversa, visto que lhe falta interesse legítimo.

Contudo, os autores que defendem a natureza jurídica de assistência ou protetiva e não de fiscal da lei, da intervenção do Ministério Público, em razão da incapacidade de uma das partes, lecionam que a sua imparcialidade na defesa da parte incapaz está atada ao zelo do seu interesse, facultando-se ao órgão do Ministério Público argüir prescrição em favor do incapaz, contestar em seu proveito, produzir provas, embargar e recorrer. Entretanto, não deve desempenhar essas ações em detrimento da parte assistida, não se posicionando suspeitamente contra a liberdade de convicção ou de opinião do promotor, mas limitando o seu poder de iniciativa. Ensina Mazzili¹⁶ que, caso seja regularmente argüida prescrição, ou interposto recurso contra os interesses do incapaz, o órgão ministerial pode opinar livremente. Não é ele, pois, obrigado a vir em auxílio do locupletamento ilícito do incapaz, nem é compelido a subscrever, endossar ou a opor uma ilegalidade. Só não pode tomar iniciativa de impulso processual (exceções, embargos, recursos) em defesa dos interesses disponíveis da parte contrária, maior e capaz.

A linha protetiva, de maneira geral, que tem como um dos seus maiores expoentes Antonio Cláudio, com exceção da posição intermediária de Mazzili (exposta acima), fundamenta que o Ministério Público, ao propor uma ação em defesa de interesses gerais da sociedade (uma ação ambiental ou uma argüição de inconstitucionalidade), sem embargo de sua posição formal de parte (como sujeito ativo da relação processual), não deixa de velar pela ordem jurídica. O órgão não estará compelido a exorar a procedência da rogativa, se no fenecimento da instrução se persuadir de que não há fundamento jurídico justificante. Entretanto, obrando como representante da parte, estará abocado ao interesse cuja vigília lhe foi incumbida. Antonio Cláudio¹⁷ pondera que somente quando o Ministério Público não se vincule a interesses personalizados é que ele está capacitado a velar pelo bom emprego da ordem legal, sem denotar que o promotor abandone de cuidar dos interesses indisponíveis e pela concretização do sistema jurídico, ao assumir a defesa de interesses de pessoas determinadas, mas que a pujança da ação esbarra, firmemente, na sua condição de parte parcial. Se não houver este entrave, na

¹⁶ MAZZILI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo 1999, p. 69-70.

¹⁷ MACHADO, Antonio Cláudio Costa. A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro 1998, p. 283.

promoção da ação civil pública, e permanecer seu posicionamento no litígio apinhado de imparcialidade, mesmo sendo ele autor, conserva-se a condição de órgão fiscalizador. Porém, na intervenção de categoria de substituto processual do revel fictamente citado, do preso ou do incapaz, a necessidade de proteger de forma irrestrita lhe retira quase integralmente o poder fiscalizatório.

O *parquet*, quando intervém em face à incapacidade de uma das partes, deve zelar por ela com o comedimento do ordenamento jurídico e não deverá manifestar-se beneficentemente ao incapaz, quando vislumbra que sua petição carece de fundamento jurídico. Contudo, deve emudecer, não emitindo parecer desfavorável à parte inábil, conforme Antonio Cláudio (de extremo apreço no meio acadêmico por suas inovações e que escreveu o livro que despertou o interesse que deu ensejo à realização do presente trabalho) frisou acima. Entretanto, é defeituosa a ressalva de que o promotor não poderia se pronunciar contrariamente ao incapaz, porque ele é defensor da ordem jurídica (expresso constitucionalmente), devendo zelar por sua correta aplicação, não podendo se omitir ao constatar uma ilegalidade. Sua intervenção se dá no sentido de garantir que o incapaz tenha um devido processo legal, aplicação correta do direito material que lhe cabe e não silenciar em sua benesse, cometendo uma omissão que pode chancelar uma ilegitimidade. O promotor deve intervir conforme a elocução do inc. I do artigo 82, nas causas de interesse de incapazes, contudo, não pode silenciar diante de uma ilegalidade. Com relação à atuação de substituto processual do artigo 9 do Código de Processo Civil (expressada na doutrina de Mazzili e Antonio Cláudio) não cabe ao Ministério Público ser nomeado curador especial por não ser sua função defender interesses privados e administrar os bens patrimoniais do incapaz. Esta função é da defensoria pública, expressada no art. 4º, inciso VI, da Lei Complementar nº 80/1994. Intervirá na ação como fiscal da lei o agente ministerial, mas não como curador especial de interesses do incapaz.

Perante o novo perfil constitucional da instituição ministerial, de defesa da sociedade, da ordem jurídica, enfim, na elocução dos artigos 127 e 129 da Constituição, ao interpretar normas infraconstitucionais (principalmente anteriores a Constituição, como as dicções do artigo 82 e 83 do Código de Processo Civil, com a reserva da alteração da lei nº 9.415/96, que apenas acrescentou a intervenção envolvendo litígios coletivos pela posse da terra rural), devemos ajustá-las ao cerne constitucional, como ensina a Teoria Geral do Direito e

o Garantismo Jurídico. Neste sentido, parece oportuna uma singela digressão sobre o tema.

Para usufruir o direito processual civil de maneira válida é imprescindível um regresso à teoria do ordenamento jurídico e também às fundações do Estado Democrático de Direito, executando a reposição da Carta Magna em seu lugar autêntico, de regência (fundamental para a democracia material) da estrutura político-jurídica do Estado, regulando o cumprimento do seu ônus material de fazer ou abster-se de fazer de acordo com a conjuntura específica.

Sendo a Constituição o centro constante do sistema jurídico, que possui um cerne imutável (direitos fundamentais e os outros incisos das cláusulas pétreas), que preceitua o âmago do que o Estado deve garantir e concretizar ou materializar, deve esta essência estar presente em todas as normas infraconstitucionais e, conseqüentemente, aquelas normas que estiverem em discrepância com o texto constitucional serão retiradas ou adequadas em seu modo de aplicação através de uma nova interpretação. Desta maneira, a aplicação de uma determinada lei depende da consonância com o discernimento garantista (realizado pelos atores jurídicos, os magistrados e promotores) substancial ou material de realização dos direitos fundamentais, utilizando-se a norma de um modo construtivo e não apenas descritivo.

Negreiros Lima,¹⁸ de maneira incisiva, sustenta que é “apologia à prevaricação” a defesa da inércia ministerial ante uma ilegalidade pseudo justificada pelo interesse do incapaz, expondo o seguinte:

“Como conciliar uma postura que leva um órgão estatal a silenciar ante a possibilidade de lesão à ordem jurídica (o que ocorreria se o incapaz, com a conivência do Ministério Público, obtivesse indevidamente o bem de vida pretendido), com a atribuição, que lhe defere a lei maior, de velar por essa ordem jurídica? Como inserir, em meio às funções institucionais do órgão, a omissão ante lesão da lei?”¹⁹

Em suma, o Ministério Público deve intervir nas causas de interesses de incapazes, zelando pelo devido processo legal, em face a sua cátedra

¹⁸ LIMA, Fernando Antonio Negreiros. A Intervenção do Ministério Público: no Processo Civil Brasileiro como *custos legis*. 2007, p. 122.

¹⁹ LIMA, Fernando Antonio Negreiros. A Intervenção do Ministério Público: no Processo Civil Brasileiro como *custos legis*. 2007, p. 132.

de defensor das normas constitucionais, não podendo encobrir uma ilegalidade diante de seu atual perfil constitucional.

Nesta acepção, também temos a decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“RESOLUÇÃO DE CONTRATO, INTERESSES DE INCAPAZES, PARECER DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 82, I, DO CPC.

-Não está obrigado o representante do Ministério Público a manifestar-se, sempre, em favor do litigante incapaz. Estando convencido de que a postulação do menor não apresenta nenhum fomento de juridicidade, é-lhe possível opinar pela sua improcedência.

Recurso especial não conhecido.”²⁰

²⁰ STJ, REsp 135744/SP, Ministro Relator: Barros Monteiro, Quarta Turma, julgamento em 24/06/2003. Disponível em <http://www.stj.jus/SCON/>.

2.2 A EMENDA Nº 309

O inc. III, do artigo 82, tem gerado divergências doutrinárias e jurisprudenciais, no que concerne à definição de interesse público, desde a sua edição em 1973. Para vislumbrar melhor este artigo, deve-se examinar em que contexto de influências históricas e científicas ele foi criado.

A função institucional e privativa do Ministério Público de intervenção, principalmente como fiscal da lei, no processo civil, é consequência da evolução da instituição ao longo dos anos, consolidando-se, cada vez mais, sua cátedra de defensor dos interesses da sociedade e da ordem jurídica. Esta metamorfose dos conceitos de autuação interventiva do Ministério Público, no processo civil, teve início na Itália, em meados dos anos quarenta, quando a instituição deixou de ser mera auxiliar do juiz para galgar a condição de órgão do interesse público pela observância da lei. A transfiguração institucional ocorrida no direito europeu foi acentuada, germinando alterações jurídicas na instituição em muitos países. No Brasil, o efeito desta mudança foi a institucionalização e sistematização dessa nova função do Ministério Público através das prescrições dos arts. 82 e 83 do Código de Processo Civil.

Nesta direção, o inciso III do artigo 82, tem sua raiz no art. 70 do Código de Processo Civil italiano de 1942, conforme lembra Alcides de Mendonça Lima.²¹ Extrai-se do Código de Processo Civil Italiano:

“ Art. 70. O Ministério Público deve intervir, sob pena de nulidade relevável de ofício:

- 1) nas causas que ele próprio poderia propor;
- 2) nas causas matrimoniais, compreendidas as de separação dos cônjuges;
- 3) nas causas relativas ao estado e à capacidade das pessoas;
- 4) nas causas coletivas e nas causas individuais de trabalho em grau de apelação;
- 5) nos outros casos previstos em lei.

Deve intervir em toda causa ante a Corte de Cassação
Pode, enfim, intervir em todas as outras causas em que vislumbre um interesse público”²²

²¹ LIMA, Alcides Mendonça. Ministério Público e o interesse público.1998. Apud MACHADO, 1998, p. 316.

²² Tradução On line, no original: Art. 70. Il pubblico ministero deve intervenire, a pena di nullità, rilevabile d'ufficio: 1) nelle cause che egli stesso protrebbe proporre; 2) nelle cause matrimoniali, comprese quelle di separazione personale dei coniugi; 3) nelle cause riguardanti lo stato e la capacità delle persone; 4) nelle cause collettive e nelle cause individuali di lavoro in grado di

A doutrina majoritária italiana defende que o art. 70 concede aptidão ao Ministério Público para discernir juridicamente a existência ou não de interesse público, que justifique sua intervenção, possuindo então poder discricionário para realizar esta avaliação. Independente do resultado da análise jurídico subjetiva, seja para intervir ou ficar inerte, não pode ser bloqueado ou compelido a intervir, pelo magistrado, o promotor, conforme o parágrafo segundo do artigo 71 do Código Italiano, que revela que o Ministério Público deve intervir ainda que só para declarar que não subsiste interesse público.²³

Durante o trâmite do projeto de lei do Código de Processo Civil Brasileiro, na Câmara (que fixou o inciso III do artigo em tela), o deputado paulista Amaral de Souza apresentou a emenda que tomou o número 309, com a qual almejava consolidar a tese do promotor gaúcho Sérgio da Costa Franco, que visava estabelecer obrigatória a intervenção do promotor em todos os processos em que figurassem pessoas jurídicas de direito público. José Fernando da Silva Lopes²⁴ relata que, anteriormente, a tese já tinha sido apresentada pelo promotor gaúcho no I Congresso do Ministério Público no Estado de São Paulo (o mesmo congresso de que extraímos, no cap. 1, a citação de Aguiar sobre interesse público), perante a Comissão de Assuntos Institucionais, após ser aprovada pela comissão. A tese foi recebida pelo Plenário do Congresso, que manteve o cerne da teoria.

Milton Sanseverino²⁵ expõe que o enunciado fundamental consistiu em obter o texto legal assegurador da intervenção do Ministério Público em todas as causas que envolvam pessoas públicas de direito interno e suas autarquias, como '*custos legis*', pois inquestionavelmente o interesse público em tais demandas é ressaltado pela simples presença das entidades públicas, já que, vencidas ou vitoriosas, estará atingindo o erário, exclusivo produto da contribuição de todo o povo. Porém, este foco inicial de interpretação, não perdurou para parte da doutrina e jurisprudência atual, em razão da subjetividade da expressão interesse

appello; 5) negli altri casi previsti dalla legge. Deve intervenire in ogni causa davanti all'alta corte di Cassazione. Può infine intervenire in ogni altra causa in cui ravvisa un pubblico interesse.

²³ MACHADO, Antonio Cláudio Costa. A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro 1998, p. 317.

²⁴ LOPES, José Fernando da Silva. O Ministério Público e o processo civil. São Paulo: Justitia, p. 57. Apud MACHADO, 1998, p. 321.

²⁵ SANSEVERINO, Milton. O Ministério Público e o interesse público no processo civil. RF, v. 254, Apud MACHADO, 1998, p. 321.

público, que dá margem para diversas interpretações, visto que o legislador não definiu o conceito.

A positivação da expressão interesse público do inc. III do artigo 82 do CPC, fundada na teoria do promotor Sergio Costa Franco, não teve respaldo jurisprudencial, ficando isto evidente com a edição da Súmula 189 do STJ, que consta ser desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais, em que é parte uma pessoa jurídica de direito público. Desta forma, faz-se forçoso, antes de analisar as divergências nos conceitos de interesse público, que justificam a intervenção do Ministério Público, extrair a alusão de Antonio Cláudio:

“De todos os grandes temas que envolvem a intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro, nenhum supera **em dificuldade analítica a problemática** imposta pela parte final do inc. III do art. 82, que diz competir à instituição intervir ‘nas demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte’. O dispositivo em questão – figura nova introduzida pelo estatuto processual de 1973 e sem precedentes em nossa tradição jurídica – representa, a bem verdade, **o mais entediado e desgastante desafio** com que se defrontam os juristas que tencionam estudar com proficiência a rica temática da atuação do *parquet* (...)”²⁶ (grifo nosso)

²⁶ MACHADO, Antonio Cláudio. A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro. 1998, p. 315.

2.3 DIVERGÊNCIAS NA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

A distinção na fixação do interesse público, seus embates doutrinários e jurisdicionais, é facilmente averiguada na análise da intervenção ou não intervenção em razão de entidades públicas envolvidas nas lides. Passaremos, a seguir, a analisar as fundamentações, porque foram elas que levantaram calorosas discussões na doutrina, jurisprudência e na instituição sobre o interesse público justificador.

Alexandre de Oliveira²⁷ entende que existe interesse público genérico com a presença da fazenda pública em um dos pólos da ação ou de outra pessoa jurídica de direito público. Entretanto, o interesse público que move a intervenção ministerial é aquele que tem repercussão social e diz respeito à sociedade como um todo. A visão de se atrelar o interesse público aos interesses da Fazenda é ultrapassada, porque o interesse público não se resume aos apelos e anseios do Estado, mas antes sobre ele se manifesta, pois as ambições estatais não se confundem com a terminologia *in natura* de interesse público. O Ministério Público, tendo uma série de atribuições constitucionais a alcançar, deve fazer tudo de forma racional, enfrentando questões que realmente se almodem ao seu novo perfil constitucional, buscando velar por interesses da sociedade como um todo, e não por interesses que, embora nobres, tenham reflexos apenas patrimoniais, ainda que da Fazenda Pública.

Marcelo Ferra de Carvalho²⁸ consigna que devemos visualizar o interesse público relacionado com o interesse geral da coletividade, vinculado aos fins sociais e às exigências do bem comum. Não se pode confundir interesse público com interesse de pessoa jurídica de direito público, considerando-se isso um retrocesso, pertencente ao tempo em que os interesses da Fazenda Pública eram defendidos em juízo pelo Ministério Público, pois agora o papel da instituição é evitar atuar desnecessariamente em certos processos e preocupar-se em assumir o novo perfil que lhe foi dado pelo texto constitucional, na defesa dos interesses difusos e coletivos. Essa parte da doutrina usufrui da divisão do conceito

²⁷ OLIVEIRA, Alexandre Albagli. **A intervenção do Ministério Público no Processo Civil: um convite a reflexão no ano da debutante**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 23 de março de 2005.

²⁸ CARVALHO, Marcelo Ferra. **A intervenção do Ministério Público no Processo Civil**. Disponível em <<http://www.ammp.com.br>>. Acesso em 23 de março de 2005.

de interesse público em primário e secundário de Renato Alesi²⁹, sendo o primário o interesse do bem geral ou da sociedade como um todo, e o secundário a maneira pela qual os órgãos da administração pública vêem o interesse público (o mesmo conceito de Alesi, veremos na sequência, Lineu Walter utiliza para ir contra o entendimento ora exposto), que nem sempre atende o interesse real da comunidade, ou seja, o interesse público primário, social ou da coletividade como um todo. Tendo isso em vista, essa parte da doutrina entende que a intervenção do Ministério Público é edificada pelo interesse público primário.

A alegação de que o interesse, mesmo que patrimonial, da Fazenda, acaba por repercutir na sociedade como um todo, o que ensejaria a intervenção ministerial, é atacada pela jurisprudência conforme a súmula 189 do STJ. Também a argumentação de que a intervenção deveria ocorrer no interesse público genérico, porque durante o processo, em que faça parte a Fazenda Pública, pode haver conluio ou qualquer outro desvio ético, gerando prejuízo generalizado a toda coletividade, é equivocada, segundo Oliveira³⁰, visto que a Fazenda possui representação própria e a fiscalização nos processos em que ela seja parte é rigorosa, pela obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição, conforme o art. 475 do CPC. Carece, pois, de uma premissa ortodoxa, o pensamento de que a intervenção ministerial zelaria pela ética do processo, como se os princípios éticos e morais não pudessem ser observados e imunizados pelas partes e o magistrado Alarga-se, assim, excessivamente, a atuação ministerial. Camargo Ferraz³¹ arrazoa que não é todo interesse público que merece atenção do parquet. O interesse público que existe na correta aplicação da lei pelo Juiz, presente em todos os processos, não é, por exemplo, suficiente para ensejar a intervenção ministerial. Marcelo Ferra de Carvalho³² defende que o Ministério Público deve racionalizar sua atuação no processo civil, priorizando a defesa dos interesses difusos e coletivos, defendendo prioritariamente os interesses das parcelas menos favorecidas da

²⁹ ALESSI, Renato. **Principi di Diritto Administrativo**. Tradução Livre. Apud ZENKER, Marcelo. Ministério Público e Efetividade no Processo Civil. 2006, p. 118.

³⁰ OLIVEIRA, 2005, Alexandre Albagli. **A intervenção do Ministério Público no Processo Civil: um convite a reflexão no ano da debutante**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 23 de março de 2005.

³¹ FERRAZ, Camargo. Ministério Público Instituição e Processo. São Paulo: Atlas, 1997, p.155. Apud OLIVEIRA, 2005.

³² CARVALHO, Marcelo Ferra. A intervenção do Ministério Público no Processo Civil. Disponível em <<http://www.ammp.com.br>>. Acesso em 23 de março de 2005.

população, as quais devem ter na instituição o seu principal defensor. Intervindo pela simples presença da Fazenda Pública, o órgão ministerial somente exercerá a função de assessorar os magistrados.

Paulo Dourado Gusmão³³ expõe que é difícil a conceituação de interesse público, que, sob um foco geral, é o interesse do Estado e das pessoas jurídicas de direito público, bem como o interesse de todos, sem ser de nenhum em particular. É o interesse do Estado e das citadas pessoas desde que ligado às funções, especificadas por lei, aos mesmos atribuídas pela legislação: do Estado como fisco; do Estado como garantidor da ordem pública; do Estado como organização; como promotor do bem de todos e do desfrute por todos dos bens comuns. O interesse público, enfim, é aquele vinculado às funções, aos poderes e à competência estatais previstos em lei, funções que, por lei, podem ser transferidas a outras pessoas de direito público. Neste sentido, o interesse público é tutelado pelo Estado através da ação do Ministério Público ou dos agentes públicos.

Antonio Edving Caccuri³⁴ entende que o interesse público, noção nuclear do Direito Público em geral e do Direito Administrativo em particular, outro não é senão o bem comum que o direito e o Estado procuram alcançar. O Estado mantém a ordem jurídica ou social entendida como situação de equilíbrio obtida pela submissão da sociedade ao ordenamento positivo para tornar possível a prossecução daquele fim último. Não constituindo o Estado um fim em si mesmo, mas apenas meio para buscar o bem comum, a preservação da ordem jurídica e, com ela, do próprio Estado e da sociedade, se impõe como fim imediato, para que ele possa dedicar-se àquela finalidade mediata, configuradora da sua razão de ser. O Estado assim arquitetado é o Estado do Bem-Estar Social que, sensível às exigências dos novos tempos, preservou e até aperfeiçoou as conquistas do Estado de Direito, disciplinando os fenômenos e as forças do trabalho, através do Direito, assim erigido em condicionador dos fenômenos sócio-econômicos, como instrumento de remanejamento social para recriar o homem.

Celso Antônio Bandeira de Mello³⁵ preleciona que os interesses coletivos são os que importam à coletividade, em si mesma considerada,

³³ GUSMÃO, Paulo Dourado. Introdução ao Estudo da Ciência do Direito. 26. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

³⁴ RT 480/17. Apud KIRCHNER, Lineu Walter. Pronunciamento acerca da identificação do interesse público justificador da intervenção do Ministério Público no processo civil. Araucária Revista Jurídica do Ministério Público. Curitiba: 1998.

³⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 2004.

e cuja satisfação repercute direta e imediatamente sobre a sociedade como um todo, transcendendo o âmbito dos interesses particulares. Por isso, tais interesses se qualificam usualmente como públicos, por lhes ser atribuído um regime jurídico inspirado na desigualdade entre eles e os privados, entendendo-se que os primeiros prevalecem sobre os segundos, isto é, que os interesses do todo preferem ao das partes singularmente. Trata-se da satisfação pública, pertinente à coletividade em sua expressão jurídico-institucional, responsável pela guarda dos interesses do todo e pela garantia dos interesses das partes. O regime normativo que regula essa matéria se informa no princípio da supremacia e autoridade, de plano conferida aos atos dos órgãos que representam o interesse público. A indisponibilidade dos bens, objeto das relações desta ordem, é regra geral, pois tais bens devem se circunscrever à realização de finalidades legalmente previstas, que delimitam antecipadamente seus objetivos. Sendo assim, interesse público é aquele que o ordenamento positivo qualifica como tal, por submetê-lo a um regime jurídico de direito público, dominado pelos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público.

Milton Sanseverino argüiu que

[...] é intrincado deliberar o que é interesse público, devido não só à multiplicidade de aspectos pelos quais pode ser enfocado, como, particularmente, pela natural equivocidade de seu conceito. Sendo de fato uma figura, extremamente avessa às definições, complexa, obscura, absorvedora e abrangente.

[...] é o interesse à preservação permanente dos valores transcendentais dessa sociedade. Não é o interesse de alguns, de um grupo ou parcela da comunidade, nem mesmo é o interesse só do Estado, enquanto pessoa jurídica empenhada na consecução de seus fins. É o interesse de todos, abrangente e abstrato. E, por ser de todos, não é de ninguém. Por esse interesse deve velar, conseqüentemente, o Ministério Público.

[...] o interesse público, concebido aqui, é distinto do interesse coletivo. À primeira visualização parece que se equivalem, porém possuem, na realidade, significados diversos. Interesse público, na acepção que lhe emprestamos, é sinônimo de interesse geral da sociedade, de interesse do Estado enquanto comunidade politicamente organizada, do Estado como expressão suprema da organização ético-jurídica da sociedade. Interesse público é, pois, o interesse geral, impessoal, que a todos concerne diretamente, e não imediatamente só ao Estado, como sujeito de direitos e obrigações voltado para o desempenho das atividades que lhe são peculiares, interesse puramente administrativo ou pessoal.

[...] o interesse coletivo, ao contrário, é aquele relativo a um certo grupo ou a uma coletividade de pessoas. Como à família, não como instituição social, ao município, ao Estado-membro, ao governo federal, a uma sociedade, a uma associação ou a um sindicato. Por esse interesse, há de velar, uma outra pessoa ou um outro órgão, nada tendo que ver, tal tipo de interesse, com as funções próprias do Ministério Público. Não há que confundir interesse público com interesse coletivo.³⁶

Antônio Cláudio da Costa Machado³⁷ critica a conceituação de interesse público de Antonio Edving Caccuri, Milton Sanseverino e outros doutrinadores, estabelecendo que a forma absoluta de vinculação à noção de bem comum faz com que se perca completamente a sua validade ante a regra do art. 82, inc. III, da lei processual. Desta maneira, defende o douto que o interesse público identificável como bem comum não é o interesse público que torna necessária a existência da instituição do Ministério Público, nem que torna exigível a sua participação no processo civil. Pelo contrário, segundo Machado, é um objetivo idealisticamente considerado ou fim ideal que por necessidade ética é perseguido pelo Estado em toda a sua atuação. Extremamente mais restrito é o interesse público que faz necessária a participação da instituição ministerial, em processos instaurados perante o Judiciário. Se o interesse público bem-comum pode preexistir ao direito, o interesse que dá vida ao Ministério Público é verificável a partir da ordem jurídica concretamente considerada, a partir de um litígio. Se o interesse público bem-comum é um dado inspirador, o interesse que move o *parquet* consubstancia um elemento concreto que se traduz em direito subjetivo ou pelo menos em pretensão judicialmente dedutível. Não se pode, portanto, admitir que o interesse público previsto pelo inc. III do art. 82 seja identificado como aquele que o ordenamento positivo qualifica como tal, cujos elementos (paz, justiça, ordem, liberdade, solidariedade, utilidade social, segurança, etc.) constituem valores que o ordenamento contempla como merecedores de proteção nas palavras de Antonio Edving Caccuri. A intervenção da moderna instituição do Ministério Público e de toda sua atuação no mundo jurídico é o fenômeno da indisponibilidade, aduz Antonio Cláudio. Somente a partir desse elemento, portanto, é que poderemos compreender integralmente o controvertido preceito legal do inc. III do art. 82 e construir um

³⁶ Revista Forense 254/197 Apud KIRCHNER, Lineu Walter. Pronunciamento acerca da identificação do interesse público justificador da intervenção do Ministério Público no processo civil. Araucária Revista Jurídica do Ministério Público. Curitiba: 1998, p. 635-636.

³⁷ MACHADO, Antonio Cláudio. A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro 1998.

conceito de interesse público que satisfaça às exigências do sistema processual. Visto que os interesses indisponíveis são aqueles interesses que, por atenderem diretamente ao escopo da preservação e sobrevivência da sociedade, são juridicizados por preceitos legais de ordem pública e que, por esta razão, se tornam inalienáveis, inderrogáveis, irrenunciáveis, intransigíveis e de realização obrigatória para o seu titular, Calmon de Passos³⁸ pondera que é inaceitável a presença do Ministério Público em um feito apenas porque existe nele como parte uma pessoa jurídica de direito público, não sendo necessária sua intervenção em ação de execução fiscal, como em todo e qualquer feito cível em que seja autor, ré ou interveniente, a União, o Estado, o Município ou suas entidades descentralizadas.

Celso Agrícola Barbi³⁹ acentua a dificuldade da conceituação do que seja interesse público, mas ministra que não podem ser os interesses patrimoniais da Fazenda e suas autarquias, porque elas têm seus procuradores judiciais, habilitados a bem defendê-las em juízo.

Os doutrinadores expostos acima, que ponderam em nome da não intervenção em razão apenas da presença da fazenda pública, concluem que, se a lei quisesse a intervenção ministerial em todos os processos em que fosse interessada a fazenda pública, teria dito expressamente. Eles constatarem que a Fazenda Pública dispõe de defensor próprio e é protegida pelo duplo grau de jurisdição, e que o interesse patrimonial da Fazenda nas execuções fiscais, consubstanciado no crédito tributário, gera para a Administração um direito disponível, tanto que pode ser extinto, por compensação, transação e remissão.

É nesse sentido que as jurisprudências também pontificam:

“(...) INTELIGÊNCIA DO INCISO III, DO ART, 82, DO CPC MERA CONDIÇÃO DE PARTE QUE NÃO JUSTIFICA A INTERVENÇÃO *PARQUET* NA LIDE (...) O Ministério Público não se identifica com a Fazenda, não defende seus interesses, estando suplantada a inteligência de que a mera presença do ente fazendário na lide imponha a sua

³⁸ PASSOS, Calmon, **Intervenção do Ministério Público nas causas a que se refere o art. 82, inc. III do CPC**. Revista Forense 268/157. Apud TESHEINER, 2005.

³⁹ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Forense, 1/380, tomo-II. Apud TESHEINER, 2005.

intervenção nos autos, havendo que **se aquilatar a pujança do interesse público em debate**”⁴⁰

“DESAPROPRIAÇÃO- INDENIZAÇÃO-MP-INTERVENÇÃO (...) Face ao disposto no inciso III, do art. 82, do CPC, a intervenção do MP na causa em que figure como parte pessoa jurídica de direito público não é obrigatória. A obrigatoriedade dessa intervenção está ligada ao fato da **existência do interesse público**”⁴¹ (grifo nosso)

Segundo Odil José da Cota⁴², o Judiciário brasileiro tem se voltado no sentido de estreitar o campo de atuação do Ministério Público, na função de *custos legis*, tendo em vista esse novo perfil, trazido pela Constituição, possibilitando que a instituição ministerial esteja mais engajada na condição de autor das ações, amehando intervenções, na extensa tarefa de amparo de interesses sociais, da ordem jurídica e do regime democrático. Conforme expõe a Súmula 189 do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se que o Poder Judiciário aprimorou, melhor que o próprio Ministério Público, o novo papel constitucional deste.

Renato Alessi⁴³ fundamenta que uma das peculiaridades da posição ocupada pela Administração Pública se relaciona com a noção de função, entendida como o poder concebido para a realização de determinados interesses, para a realização de interesses públicos e coletivos. Estes interesses públicos, coletivos, cuja satisfação deve cuidar a Administração, não são, simplesmente, o interesse da Administração entendida como aparato organizativo autônomo, mas sim aquele que tem sido chamado de interesse coletivo primário, formado do complexo de interesses individuais prevalentes em uma determinada organização jurídica da coletividade. Já o interesse da Administração (e admitindo-se que se possa conceber um interesse da Administração unitariamente considerado) seria simplesmente um dos interesses secundários que se fazem sentir no seio da coletividade, o qual só pode ser realizado em caso de coincidência, e nos limites de tal coincidência, com o interesse coletivo primário. A peculiaridade da

⁴⁰ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 4ª Câmara Cível, Acórdão nº 30652, Processo nº 0412126-8, Relator Anny Mary Kuss, julgamento em 14/04/2008. Decisão Unânime, disponível em <http://www.tj.pr.gov.br/consultas/jurisprudencia>.

⁴¹ Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, Recurso Especial nº 10.042, Relator Ministro José de Jesus Filho, decisão publicada em 09/03/1992.

⁴² COTA, Odil José. Ministério Público Custos legis ou Legitimado Ativo, Revista Jurídica ACMP. ano 2, nº3, Trimestre de 1998.

⁴³ ALESSI, Renato. Principi di Diritto Administrativo. Tradução Livre. Milano – Dott. A. Giuffré Editore, 1978. Apud KIRCHNER, Lineu Walter. p. 641-642.

posição jurídica da Administração Pública está precisamente nisto, que a sua função consista na realização do interesse coletivo, público, primário. Mesmo querendo conceber um interesse secundário, da Administração considerada como aparato organizativo autônomo, esse não poderia ser realizado se não em vista da coincidência com o interesse primário, público. Do contrário, aquele interesse secundário do aparato pode facilmente encontrar-se em conflito com o interesse público, de tal sorte que a Administração poderia freqüentemente ser levada a realizá-lo fora e além dos limites da coincidência com o interesse público, ou ainda em prejuízo deste último.

Existe, portanto, a necessidade de uma garantia de que a ação administrativa seja dirigida efetivamente à realização do interesse público. Essa necessidade é tamanha, na medida em que a Administração, enquanto mero ente ideológico, pode agir somente por meio das pessoas físicas (teoria da imputação Gierke) e das a elas prepostas, pessoas físicas (agentes políticos classificação de Hely Lopes) as quais, a sua volta, são titulares de interesses pessoais próprios, para cuja realização poderia ser endereçada a sua atividade, ainda que em prejuízo do interesse público.

Lineu Walter Kirchner⁴⁴ utiliza-se do “mesmo” conceito de Renato Alessi, da cisão do interesse público em primário e secundário, gozado também pela doutrina antagônica à sua reflexão, com o fito de ajustar os interesses primários e secundários (que efetivamente é o que Alessi afirma que carece ser alcançado), para criticar o posicionamento dos doutrinadores supramencionados e do entendimento do STJ, explanando que a razão que leva a impor a intervenção da instituição ministerial em todos os feitos nos quais esteja presente em um dos pólos uma pessoa jurídica de direito público ou entidade paraestatal é a ‘própria existência delas’. Porque foram criadas para atender o interesse geral, público, que diz respeito a todas as pessoas genericamente consideradas e a nenhuma delas em particular, é desse atendimento que irá cuidar o Ministério Público. Portanto, com muito mais razão, a intervenção se impõe quando estiver em jogo o que se denomina interesse patrimonial da Fazenda Pública, já que ela é agente do exercício de uma função tendente a realizar o interesse público primário e gere um patrimônio que não lhe

⁴⁴ KIRCHNER, 1998. Lineu Walter. Pronunciamento acerca da identificação do interesse público justificador da intervenção do Ministério Público no processo civil. **Araucária Revista Jurídica do Ministério Público**. Curitiba: 1998, p. 643.

pertence (por meio de pessoas físicas com interesses próprios), não podendo dele dispor. Para fiscalizar sua atuação, revela-se imperativa a presença do Ministério Público. Onde houver debate envolvendo recursos públicos, aí estará presente o interesse público. Portanto, nas causas envolvendo a administração direta, indireta, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações governamentais, o Ministério Público deve intervir.

Reforça-se esse entendimento com a Constituição Federal em seu art. 129 e a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público em seu art. 25, inciso IV, letra “b”, que estabelecem que a instituição ministerial deve proteger o patrimônio público, devendo lhe ser facultado valer-se de todos os instrumentos que viabilizem sua atuação neste sentido. Além disso, a doutrina vinculativa do interesse público ao da presença de ente público na lide defende ser imprescindível que o Ministério Público intervenha em todos os feitos que estejam versando acerca do patrimônio público, pois somente através de tal atividade fiscalizatória é que se terá ciência de eventuais irregularidades a serem sanadas.

Na lei nº 8.429/92, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, é prevista a intervenção em razão do patrimônio público:

“Art. 1º. Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da **União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público** ou de **entidade** para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei (...)

Art. 7º. Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá à autoridade administrativa responsável pelo inquérito **representar ao Ministério Público**, (...)

Art. 17. A ação principal, que terá rito ordinário, será proposta **pelo Ministério Público** ou pela pessoa jurídica interessada (...)

§ 4º. **O Ministério Público**, se não intervier no processo como parte, **atuará obrigatoriamente como fiscal da lei, sob pena de nulidade**” (grifo nosso).

Neste sentido, também, decide a Primeira Câmara cível (em contraposição à Quarta Câmara, colacionada acima) do Tribunal de Justiça do Estado Paraná:

“Equivocados estão aqueles que defendem a ausência do Ministério Público nas execuções fiscais promovidas por procurador da Fazenda Pública, vez que é obrigatória a sua intervenção em qualquer tipo de ação onde se discuta o destino de valores patrimoniais públicos. Abdicar a instituição deste seu poder-dever é desconsiderar o elevado papel do *parquet*, consagrado na atual Constituição Federal como conquista relevante de seus integrantes. (...)”

Se ao Ministério Público cabe o mais, que é a promoção da própria ação civil pública para a defesa do patrimônio público, porque não poderia o menos; a fiscalização, em qualquer tipo de ação, no sentido de preservar ou mesmo verificar sobre a legitimidade de qualquer interesse patrimonial de caráter público que se ponha a exame do Judiciário? Isso talvez possa evitar a propositura de muitas ações, pois como ensina o brocardo popular, ‘é melhor prevenir do que remediar’ (...)”⁴⁵

Sob a égide dos argumentos expostos acima, o Procurador Geral (na época) do Ministério Público do Estado do Paraná, Olympio de Sá Sotto Maior Neto, em 16 de dezembro de 1997, despachou o Ofício Circular nº 12, cujo teor consiste na preocupação dos Promotores e Procuradores de Justiça com os efeitos deletérios da súmula 189 do Superior Tribunal de Justiça e do espargimento dos argumentos basilares dessa decisão nas fileiras da instituição.

Essas circunstâncias trouxeram à proeminência um conjugado de teses, com o desígnio essencial de padronizar a atuação processual ministerial, empreendida em corte da matéria.

Com a única finalidade de persecução de tal desiderato, extraordinariamente, o Centro de Apoio das Promotorias Cíveis (Caops) e a Escola do Ministério Público, no dia 19 de setembro de 1997, em Curitiba, aliados com Coordenadores dos Grupos de Estudos (cada Comarca possui, em regra, pelo menos um grupo de estudos com seu respectivo Coordenador, para debates de temas atuais), Promotores e Procuradores, na sua maioria da Capital, se uniram para estudar e discutir o controvertido tema.

⁴⁵ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 1ª Câmara Cível, Acórdão nº 8199, Apelação Cível nº 13.869-4, decisão em 12/11/1991, Relator Oto Sponholz.

Quando se findaram os debates, os membros da mesa, frise-se, 'em sua esmagadora maioria', com adesão, menciona o referido documento circular, da totalidade dos presentes, chegam à conclusão de que o Ministério Público deveria intervir nas causas da súmula 189, pontuando severamente que o Ministério Público não pode ficar vinculado a nenhuma determinação judicial a respeito da matéria. Citando-se E. D. Moniz de Aragão,

"o juiz ou tribunal não são senhores de fixar a conveniência ou a intensidade e profundidade da atuação do Ministério Público. Este é que a mede e a desenvolve. A não ser assim, transformar-se-ia o Ministério Público, de fiscal do juiz na aplicação da lei, em fiscalizado dele no que tange à sua própria intervenção fiscalizadora"⁴⁶

Extraem-se do ofício circular, as conclusões dos estudos extraordinários:

" I- Na esfera processual:

- 1) deve haver a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais e nos embargos, pois há interesse público a justificá-la, respeitada, sempre, a autonomia funcional dos integrantes da Instituição;
- 2) a Súmula 189, do Superior Tribunal de Justiça, deve merecer constante e enfático questionamento;
- 3) nas execuções fiscais, em especial nos embargos, os Promotores de Justiça devem requerer vista dos autos ao Juiz, caso o Magistrado assim não proceda por iniciativa própria;
- 4) os membros do Ministério Público, quando intervirem naqueles feitos, devem demonstrar sua legitimidade, invocando, para tanto os preceitos esculpidos nos artigos 127, 129, da Constituição da República, 82, inc. III do CPC e 41, da lei 6.830/80.

II- Esfera extraprocessual:

- 1) em nível legislativo, elaborar estratégia no sentido de inserir na legislação dispositivos expressos que determinem não só a imprescindibilidade da intervenção do Ministério Público como *custos legis* nas causas envolvendo matéria fiscal, como também naquelas em que figure em qualquer dos pólos pessoas jurídicas da Administração Direta ou Indireta;
- 2) submeter a matéria ao CONAMP e ao Conselho Nacional dos Procuradores Gerais de Justiça.

⁴⁶ ARAGÃO, E. D. Moniz. Comentários ao Código de Processo Civil, 1995, p. 280.

É impulsionado por tais fundamentos, e em sintonia como o princípio da autonomia funcional, que me dirijo a todos os integrantes de nossa instituição para recomendar a observância das deliberações retro elencadas(...)⁴⁷

Cerca de quatro anos após o debate e enumerado acima, uma radical cizânia ocorre no juízo intervencional. Os efeitos deletérios da súmula 189, juntamente com teses enredadas pela novel feição constitucional, infectaram a instituição, resultando em uma epidemia nacional, gerando movimentações internas na Instituição, principalmente no Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça e do Conselho Nacional de Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União.

Os efeitos da referida Súmula manifestaram-se no Paraná em 2002, que tinha como Diretor da Corregedoria Geral do Ministério Público do Paraná o Procurador Milton Riquelme Machado (Atual Procurador Geral), que editou o ofício circular de Olympio Sotto Maior buscava combater, a recomendação nº 01/2002:

“A CORREGEDORIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, usando da atribuição conferida pelo art. 17, inciso IV, da Lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, e pelo art. 36, inciso IV, da Lei Complementar Estadual nº 85, de 27 de dezembro de 1999, e

considerando a necessidade de otimização da intervenção do Ministério Público no Processo Civil, como fiscal da lei, segundo a regra do art. 82, inciso III, do CPC, recepcionada e interpretada conforme os arts. 100, § 3º, 103, § 1º, 127, *caput*, e 129, incisos III e IX, da Constituição Federal de 1988;

considerando os diversos precedentes de jurisprudência do **Superior Tribunal de Justiça** relativos às causas em que é desnecessária a intervenção do Ministério Público no Processo Civil, como fiscal da lei, objetivando a uniformização de interpretação do direito federal;

considerando a permanente discussão no âmbito do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça e do Conselho Nacional de Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União;

⁴⁷ Ofício Circular nº 12. Site MPPR. Disponível em: <<http://www.mppr.gov.br>>. Acesso em março de 2008.

considerando o encontro dos membros dos Ministérios Públicos Estaduais das Regiões Sul e Sudeste e do Estado de Pernambuco, realizado nos dias 11 a 13 de julho de 2001, que culminou na redação da “Carta de Foz do Iguaçu”;

considerando a consulta dirigida a todos os membros do Ministério Público do Estado do Paraná;

considerando o Congresso Estadual do Ministério Público realizado em Curitiba, nos dias 06 a 08 de junho de 2002,

RECOMENDA, sem caráter vinculativo e respeitada a independência funcional dos membros do Ministério Público do Estado do Paraná, que:

Art. 1º. **É desnecessária a intervenção** do Ministério Público nos seguintes tipos de ações, procedimentos ou fases do processo:

- a) ação ordinária de partilha de bens, envolvendo casal sem filhos incapazes;
- b) ação de alimentos e revisional de alimentos entre partes capazes;
- c) ação executiva de alimentos fundada no artigo 732 do CPC, entre partes capazes;
- d) ação relativa à disposições de última vontade, sem interesse de incapazes, *excetuada* a aprovação, cumprimento e registro de testamento, ou que envolva reconhecimento de paternidade ou legado de alimentos;
- e) procedimentos de jurisdição voluntária em que inexistir interesse de incapazes, *ressalvadas* as questões de estado da pessoa ou relativas a registro público;
- f) ação previdenciária em que inexistir interesse de incapazes, *ressalvada* a pretensão decorrente de acidente de trabalho;
- g) requerimento de falência, na fase pré-falimentar;
- h) **ação de execução fiscal (súmula 189 do STJ)**, respectivos embargos e outras demandas conexas, tais como repetição de indébito, declaratória, consignação em pagamento e anulatória de débito, *ressalvado* o mandado de segurança em matéria tributária;
- i) ação que verse sobre direito individual não-homogêneo de consumidor, sem a presença de incapazes;
- j) ação que envolva interesse de entidade de previdência privada;
- k) ação em que, no seu curso, venha a cessar a causa de intervenção (v.g. atingimento da maioridade civil, que com a

vigência no novo Código Civil Brasileiro será de 18 anos completos, cf. art. 5º);

l) ação de execução ajuizada por Empresa Pública ou Sociedade de Economia Mista, respectivos embargos e outras demandas conexas;

m) **ação de conhecimento que tenha por objeto interesse meramente patrimonial**, figurando como parte o Estado do Paraná, Município, Autarquia, Empresa Pública ou Sociedade de Economia Mista, inclusive ação de desapropriação direta ou indireta, *ressalvadas* as ações reais imobiliárias (v.g. usucapião, discriminatória), de mandado de segurança, populares, por improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis (v.g. a ação que tenha por objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidor público civil ou de sanções disciplinares aplicadas a militares; a ação de desapropriação direta objetivando implantar aterro sanitário etc.);

n) ação de execução de sentença ou acórdão concessivo de mandado de segurança, quanto à repercussão meramente patrimonial (art. 730 do CPC) e que seja devida a partir do ajuizamento (súmula 271 do STF e art. 1º, §§ 1º e 3º da Lei n. 5.021/66), *ressalvado* o direito de intervenção da Procuradoria-Geral de Justiça em autos de precatório requisitório, seqüestro, intervenção federal e estadual;

o) ação civil proposta pelo Ministério Público (v.g. art. 5º, § 1º, da Lei 7.347/85; art. 1º, § 5º, da Lei 8.560/92; art. 202 da Lei 8.069/90; art. 92 da Lei 8.078/90), *ressalvada* a intervenção das Procuradorias de Justiça em grau de recurso;

p) ação constitutiva ou declaratória relativa a negócio jurídico entre partes capazes e presentes quando o cancelamento ou a retificação do registro imobiliário for mera decorrência do pedido;

q) pronunciamento recursal cível de Promotor de Justiça com atribuições em primeiro grau, nos processos em que funcione como fiscal da lei, *exceto* quanto à análise dos pressupostos de admissibilidade do recurso (art. 518, parágrafo único, do CPC, especialmente o preparo imediato e a tempestividade) e *ressalvado* o direito de recorrer (art. 499, § 2º, última parte, do CPC e súmulas 99 e 226 do STJ);

Art. 2º. À medida que o membro do Ministério Público se abstenha de intervir nos procedimentos, fases processuais e ações acima referidos, incumbirá à Corregedoria-Geral, quando for o caso, a fiscalização do aumento de produtividade no plano da tutela extrajudicial e judicial dos interesses sociais, difusos, coletivos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis, segundo os dados estatísticos constantes dos Relatórios Semestrais e de Correição Ordinária.

Art. 3º. **É juízo exclusivo do órgão interveniente do Ministério Público identificar o interesse público que justifique a sua atuação**, inclusive em atenção a súmulas e decisões reiteradas dos Tribunais Superiores a respeito da legitimidade recursal e situação determinante da própria intervenção.”⁴⁸

Contudo, a recomendação nº 01/02 não perdurou muito. Em 2004, foi revogada expressamente pela recomendação nº 11/04⁴⁹, confeccionada pelo Corregedor Geral José Ivahy de Oliveira Viana. Essa recomendação também explanava que o posicionamento do agente ministerial, nas hipóteses em que este entender que não seja necessária a intervenção, deve ser consignado expressamente com apresentação dos fundamentos jurídicos pertinentes, consoante determinam os artigos 43, III, da Lei 8.625/93 e 155, III, da Lei Complementar Estadual 85/99, e que é obrigatória a efetiva intervenção do agente do Ministério Público (*custos legis*) nos casos de expressa previsão legal.

Estas são, compendiadas, algumas das divergências que o conceito de interesse público justificador da intervenção tem suscitado na doutrina, na jurisprudência e na instituição.

⁴⁸ Recomendação nº 01/2002 da Corregedoria Geral do Ministério Público do Paraná. Site MPPR. Disponível em: <<http://www.mppr.gov.br>>. Acesso em 26 de abril de 2005.

⁴⁹ Recomendação nº 11/04 da Corregedoria Geral do Ministério Público do Paraná. Site MPPR. Disponível em: <<http://www.mppr.gov.br>>. Acesso em fevereiro de 2008.

3 O INTERESSE PÚBLICO JUSTIFICADOR DA INTERVENÇÃO

3.1 O LIMITE DA LEI, AÇÃO HUMANA E O CASO CONCRETO

Dentro deste campo de debate, circunscrito pela moldura de interesse público justificador da intervenção do Ministério Público, há uma multiplicidade de correntes doutrinárias, posições jurisprudenciais e opiniões internas dos membros da instituição (dissensões demonstradas no cap. 2). Buscaremos fazer nossa contribuição para a discussão, não podendo, contudo, esquadriar completamente o interesse público que move o *parquet*, obtendo um conceito trancado e acabado. Talvez se dê justamente o contrário e se agucem mais os debates com as considerações a serem exaradas. Celso Antônio Bandeira de Mello já pontuava, de forma excelente, as divergências nas conceituações jurídicas:

“[...] meros rótulos que sobrepomos às coisas, nenhum jurista pode reivindicar para si o direito de formular uma noção que seja a verdadeira, excludente de quaisquer outras, pois isto equivaleria irrogar-se na qualidade de legislador, ou seja, a inculcar-se o poder (auto-atribuído) de delimitar o âmbito de abrangência que a lei não circunscreveu de modo unívoco.

[...] os traços colecionados por quem formula um conceito não são sempre os mesmos respigados por outro estudioso, surgindo daí, inevitavelmente, conceitos diversos, objetos de pensamento de diferentes extensões, ou por qualquer modo descoincidentes. Estas divergências consistem em captação de diferentes objetos de pensamento, porque expressam coleta ou combinação de dados jurídicos recolhidos no direito positivo. Só não são maiores ou mais numerosos os dissídios doutrinários ocorrentes porque há alguns pontos de referência que circunscrevem de algum modo o campo onde vão se ferir as controvérsias. Desde logo, ao procurarem formular um conceito, os doutrinadores estão cingidos aos dados do próprio direito positivo, portanto, aos efeitos de direito previstos nas regras contidas no interior do sistema jurídico que procuram conhecer. Além do mais, mesmo quando propugnam por noções discrepantes, o dissídio se processa exatamente porque – como se disse – organizam diferentemente, selecionam de modo vário os elementos que coletaram, os quais, todavia, são recolhidos a partir de alguma indicação. Esta, embora um tanto genérica ou imprecisa, de todo modo já circunscreve um parcela do sistema jurídico positivo, reduzindo, assim, a arena aonde vão se ferir os debates e proliferar as discórdias.

[...] os conceitos jurídicos, em geral, não são mais que termos relacionadores de normas, pontos de aglutinação de efeitos de direito. Não passam, então, de sistematizações de classificações. Como o direito resume-se a imputar certas conseqüências a determinados antecedentes, o trabalho do jurista consiste em conhecer a disciplina aplicável às

diversas situações. Ora, o procedimento lógico requerido para organizar tal conhecimento e torná-lo produtivo, eficiente, supõe a identificação das situações aparentadas entre si quanto ao regime que se submetem.

[...] cada bloco ou grupo de situações parificadas pela unidade de tratamento legal recebe – para fins de organização do pensamento – um nome, que é a rotulação de um conceito; vale dizer: o simples enunciado da palavra evoca no espírito uma noção complexa, formada pelos diversos elementos agregados em uma unidade, que deram margem ao conceito jurídico. Este, portanto, nada mais é que a sistematização, a organização, a classificação, portanto, mediante a qual foram agrupados mentalmente, em um todo unitário, determinados acontecimentos qualificados pelo Direito.

[...] quando a lei não aglutina previamente certas realidades debaixo de uma nomenclatura, é o estudioso do Direito quem trata de promover estas aglutinações. Para tanto, toma (ou pelo menos deve tomar) como referenciais uma coleção de traços arrecadados pelo direito positivo e, com base neles, constrói um conceito jurídico que lhe interessa. Este funciona como continente de um plexo de situações e realidades em que comparecem os traços que – consciente ou inconscientemente – adotou como radicais dos fatos erigidos em conteúdo do conceito que formula”.¹(grifo nosso)

Em razão da indefinição dos conceitos como bem comum, interesse público, utilidade pública e interesse nacional, alguns atos dos órgãos do Estado violam direitos fundamentais, dissimulam interesses pessoais, atuam de acordo com um sistema de idéias de pequenos grupos sociais e econômicos, sob a justificativa da indeterminação do interesse público, aparentando estar preenchendo a conjectura teleológica do ato. Menciona-se indefinição de conceitos, partindo da premissa que conceito é a reflexão que demonstra as características gerais acerca de um objeto e definição é determinar a extensão ou os limites de um objeto de maneira exata. A possibilidade de indicar características gerais ou o exato perímetro do interesse público, porém, é impraticável.

A Supremacia do Interesse Público e a Indisponibilidade do Interesse Público são princípios, que classicamente são postos como pedras angulares do direito administrativo, do qual deriva o conceito de interesse público. Dificuldades à parte, pode-se dizer que ele consiste no ato administrativo e, como o ato de intervenção ministerial, deve ser praticado sem vinculação ao interesse pessoal do agente e visando o bem comum, mesmo quando ocorre em detrimento de interesse particular.

¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira. Ato Administrativo e direito dos Administrados. 1981, p. 2-8.

Desta maneira, temos a seguinte fórmula: o interesse privado é disponível, pois nele domina a autonomia da vontade do particular. Já o interesse público é indisponível, e reina a finalidade pública.

Odete Medauar ensina que “interesse público, no âmbito do direito administrativo, é fundamento e fim do exercício de funções e da tomada de decisões”.²

Podemos realizar a seguinte indagação: Quem possui a titularidade do interesse público, o Estado ou o Povo? É razoável prospectar-se uma dupla titularidade?

José Cretella Júnior³ expõe que o interesse público é enfeudado ao Estado, sendo ele o restrito possessor do interesse nacional que equaliza os poderes soberanos. Cada pessoa política (União, Estado, Município) em sua esfera de competência tem algo que lhe é intrínseco, que é o interesse público. O interesse público pertence ao Estado e não aos seus órgãos e agentes. Estes são apenas aparelhos de execução do bem comum. O Estado detém a disposição do interesse público, por intermédio do processo legislativo, e a administração pública, mediante seus órgãos, autarquias, agentes, tem por responsabilidade unicamente a vigilância e cumprimento do interesse público, não podendo dispor dele.

O real titular do interesse público é o povo. A titularidade do interesse público está enlaçada com a noção de poder uno e insétel que irradia do povo, e o Estado exerce este poder em nome desta coletividade (noção de divisão de funções e não de poderes do cap.1). Desta maneira, o interesse público pertence à sociedade com um todo, mesmo esta sociedade sendo plural e complexa.

Marçal Justen filho⁴ discorre em sentido oposto às concepções de titularidade do interesse Público do Estado, redigindo que esses entendimentos germinam condutas lesivas aos direitos fundamentais. Enlear o interesse do Estado com o interesse público é um desacerto porque o Estado é uma ferramenta empregada para a persecução do bem comum e não o seu titular. O interesse público existe antes do Estado.

² MEDAUAR, Odete. O Direito Administrativo em Evolução, p. 188.

³ CRETILLA JÚNIOR, José. Filosofia do Direito Administrativo, p.153.

⁴ MARÇAL, Justen Filho. Curso de Direito Administrativo, p. 35-47.

Se o Estado é um aparelho e não titular do bem comum, então a gestão do Estado e do sistema jurídico deve ser reconsiderada pelo prisma da efetividade dos direitos fundamentais e dos direitos humanos supranacionais. A visualização e a correta compreensão do aspecto substancial da democracia, excedendo a simples democracia formal (mera previsão e não consecução) e concretizando os direitos fundamentais na vida da sociedade, é a função precípua do Estado, é o interesse público a ser buscado, que está acima de qualquer interesse econômico. Os direitos fundamentais devem ser observados, assegurados e efetivados ou então, avessamente, as entidades estatais perderão a sua autenticidade constitucional (o Estado deixa de ser Estado se não cumpre com os direitos fundamentais). Interesse público é cumprir os direitos fundamentais na sociedade. O interesse público é o interesse social. Ora, interesse em algo é a persecução de contentar uma inópia. Os direitos fundamentais consistem nas garantias das necessidades essenciais, de forma a suprir uma carência coletiva em sentido amplo, ou difusa ou de interesse público.

José de Eduardo Faria acentua⁵ que observar o conceito de interesse público em uma perspectiva social é identificar um conceito que tem por finalidade funcionar como uma espécie de princípio totalizador dos interesses tutelados pelo direito, um princípio que tem por finalidade dar ao direito um acabamento lógico e gerar na sociedade a certeza de que os valores por ela reclamados acabam, de alguma maneira, sendo consagrados pelo direito.

O legislador brasileiro trabalha com regras e princípios que seriam espécies do gênero norma. Assim, usufrui-se dos princípios para obter uma dinamicidade do sistema jurídico em situações em que não há conformidade, em face da mutação social contínua e da impossibilidade de prever estes acontecimentos expressamente. O princípio surge de uma impossibilidade de se ter uma regra dizendo “sim” ou “não” (aplica-se ou não se aplica). Ele diz “talvez sim” ou “talvez não” (dependendo do caso concreto, aplica-se ou não se aplica). Os princípios são mais abstratos, gerais, precisam de mediação para sua realização ser otimizada de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas. Já as regras são de aplicação direta, impõem algo ou proíbem em termos de se cumprir ou não se

⁵ SALLES, Carlos Alberto. Organizador. Processo Civil e Interesse Público: o processo como instrumento de defesa social. 2003, p. 79-80.

cumprir uma determinação em definitivo, sem ponderações, como acontece com os princípios.

As ciências se fundam em uma base principiológica, um lugar de início. O princípio não significa nada, não há palavras para dizer o que é um princípio. É um motivo conceitual, um significante que não dá conta do significado pela falta de referencial semântico perceptível aos sentidos⁶. Ele está além do meu arsenal de palavras, da minha linguagem, do meu conhecimento. Pela ignorância de um conhecimento que me falta, eu dou um nome à coisa sem compreendê-la em sua plenitude. Neste sentido, aduz Jacinto Miranda Coutinho:

“(...) nessa impossibilidade é que se aninha a nossa humanidade, não raro despedaçada pela arrogância, sempre imaginária, de ser o homem o senhor absoluto do circundante; e sua razão o *summum* do seu ser.”⁷ “(...) seja na ciência, seja na teoria, no *principium* está um mito; sempre! Só isso, por sinal, já seria o suficiente para retirar, dos impertinentes legalistas, a muleta com a qual querem, em geral, sustentar a qualquer preço a segurança jurídica, só possível no imaginário (...)”⁸

O inc. III do art. 82 é a demonstração de limitação da lei ou do direito ou do legislador em conjeturar quanto às hipóteses de intervenção do Ministério Público em uma sociedade dinâmica, com infindáveis situações que requerem atenção do *parquet*.

Em meio a contradições sociais que criam casos difíceis, não tem alternativa o legislador a não ser recorrer aos princípios. Contudo, em razão do princípio ser aberto, na sua aplicação em um caso concreto ele exige do Judiciário e do Ministério Público um encerramento lógico-normativo. De certa maneira, o promotor e o juiz legislam no caso concreto e ocorre, pois, uma transposição de funções legislatórias. Com essa valoração ou ponderação e aplicação de princípios no caso concreto, o próprio Legislativo e o Executivo vão posteriormente acusar o Judiciário, principalmente, e o Ministério Público de estarem extrapolando suas funções. A Sociologia do Direito denomina essa transposição de funções de judicialização da política.

⁶ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, n. 30, 1998, pp.163-164.

⁷ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, n. 30, 1998 p. 164.

⁸ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, n. 30, 1998 p. 165.

Neste espaço de judicialização da política, de limiar do jurídico e do político, há uma anomia, que abre espaço para a atuação do promotor e do juiz. Agamben⁹ explica que o direito em sua não relação com a vida e a vida em sua não relação com direito gera um espaço a ser preenchido pela ação humana, nomeado “política”.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção são instrumentos que visam retratar uma preterição que está ferindo direitos (da inépcia estatal em agir ou em regulamentar) e também apontar espaços vazios dentro de um sistema jurídico complexo e dinâmico. Se houver direito subjetivo e, por outro lado, não houver “uma norma que o garanta (...) são possíveis e mesmo inevitáveis tanto as lacunas como as antinomias, fundamentadas não no ‘ser’, mas no ‘dever ser’.”¹⁰ O preenchimento dessas lacunas, para realização do interesse público, tarefa indispensável, cabe ao Poder Judiciário e ao Ministério Público no que tange à intervenção do dispositivo legal em tela.

O inc. III do artigo 82 foi redigido com base na tese do Promotor Sergio da Costa, com a intenção inicial de se fazer a intervenção em todos os casos em que estiver presente uma pessoa jurídica pública (conforme explanado no cap. 2). Contudo, posteriormente, foi rechaçada a proposta pela jurisprudência (súmula 189 do STJ). Sobre este episódio, aduz Fernando Negreiros Lima:

“Reiteradamente, desde então, vêm os nossos tribunais prestigiando dito entendimento prevalente, manifestamente ignorando a possível razão que levou o legislador de 1973 a alterar a redação original do dispositivo. Tal como vaticinava a corrente objetivista de interpretação, **a lei desprende-se do legislador, ganhou vida própria e revelou-se mais sábia que ele.**”¹¹ (grifo nosso)

A norma não possui um sentido eterno (nem tem vida própria como alguns defendem). Ela se altera no espaço e no tempo, porque a norma é produto da reflexão humana na compreensão do comando contido dentro da lei, que é o símbolo gráfico. Em razão disso, ocorrem diversas interpretações da mesma lei (o juiz não é uma máquina, mas um ser humano crítico), sendo a norma o sentido da lei que está dentro da mente do magistrado ou do promotor, visto que é

⁹ AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção: homo sacer, II. 2004 p. 133.

¹⁰ ROSA, Alexandre de Moraes da. Decisão Penal: A bricolage de significantes. 2006, p. 100.

¹¹ LIMA, Fernando Antonio Negreiros. A Intervenção do Ministério Público: no Processo Civil Brasileiro como *custos legis*. 2007, p. 151.

ele quem interpreta e dá sentido a essa lei. A jurisprudência interpretou e deu outro sentido à lei, modificando a interpretação primitiva que a levou à edição mencionada, adequando-a às circunstâncias que se postam atualmente na sociedade, distintas da década de 70, de necessidade de se compreender o interesse público que move o promotor.

Antes da emenda 309 do Deputado Amaral com a tese do Promotor Sergio Costa, que efetivou a atual redação do artigo, o anteprojeto de lei tinha a expressão no Art. 87. Nele, está expresso que compete ao Ministério Público intervir “(...) III – Em todos os demais processos em que há interesse público, **na forma determinada por lei**” (grifo nosso).

Não perdurou tal redação, porque o legislador sopesou a impossibilidade de regradar todas as intervenções, em razão da lacuna necessária que apontamos. Reconheceu, então, o legislador o seu borne e gerou um espaço a ser preenchido pelo promotor em face do caso concreto.

Por isso, não conseguimos, de maneira fechada ou estrita, conceituar interesse público. É uma expressão, um significante de um significado que está para além da minha linguagem (conjunto de palavras e imagens da minha mente), e, pelo mesmo motivo, a lei, que é um símbolo gráfico, não pode encaixotar o conceito de interesse público, mas somente gerar novos significantes, nunca alcançando seu pleno significado. O Estado, então, acaba por criar ficções (Presidente do Reich representante do interesse público total em Schmitt; a norma fundamental pressupostamente válida em Kelsen) para suprir o limite semântico da expressão interesse público. O direito se preocupa em erigir um arremate lógico para a expressão interesse público, para gerar na sociedade o sentimento de que estão sendo perseguidos os seus interesses.

Na seqüência faremos uma digressão em relação a textos de Agamben, Kelsen e Schmitt, buscando demonstrar a necessidade da ação humana nesta lacuna oferecida pelo direito. Apontaremos uma abertura no sistema fechado de Kelsen, para com isso justificar a imprescindibilidade de um lugar de anomia ou de ausência do direito concebido pelo próprio direito para sua sobrevivência sadia, em razão da mutação social e da noção de interesse público se modificar no tempo.

Os Estudos de Teoria Geral do Direito, coordenados por Ivan Guérios Curi, chegaram à seguinte conclusão: “(...)Kelsen pretende um sistema

fechado, a partir da idéia de plenitude orgânica. Não admite lacuna do Direito, mas apenas a lacuna da lei. Isso porque, ao se compreender o sistema jurídico como pleno, não são possíveis aberturas no sistema que não possam ser preenchidas por ele mesmo”.¹²

O Estado para Kelsen é a personificação da ordem jurídica nacional. Ele é avaliado somente como um fenômeno jurídico. O Estado é a sociedade gerada por um sistema normativo pátrio.

Kelsen critica a distinção realizada entre Estado e Direito, que é basilar na ciência política, pontuando que o Estado como sociedade não é divorciado da ordem jurídica:

“O termo ‘comunidade’ designa o fato de que a conduta recíproca de certos indivíduos é regulamentada por uma ordem normativa. A afirmação de que os indivíduos são membros de uma comunidade é uma expressão metafórica, uma descrição figurada de relações específicas entre os indivíduos, relações constituídas por uma ordem normativa.”¹³

Não sendo possível visualizar dois sistemas normativos diferentes como a ordem do Estado e a sua ordem jurídica, finda-se com a idéia de que a comunidade que chamamos de Estado é a sua ordem jurídica.

Kelsen também censura o entendimento de que o Estado seria fruto de uma vontade coletiva ou de um interesse comum, que reuniria as pessoas neste ideal grupal de fundar o Estado. A unidade dos habitantes deste Estado é irreal e é impossível asseverar que todos pensam da mesma maneira, consistindo esta reflexão somente em uma ficção política. O interesse público é uma ficção política. O “interesse público é aquilo o que direito diz por dominação” e “não por uma unidade democrática mítica-consensual que paira por toda sociedade”:

“(…) fictícia ainda é a visão de que o Estado é ou tem uma vontade coletiva acima e além das vontades dos sujeitos. Tal afirmação pode, na verdade, ser considerada apenas como uma expressão figurada da força de obrigatoriedade que a ordem jurídica nacional tem sobre os indivíduos cuja conduta ela regulamenta. Declarar a vontade do Estado como uma realidade psicológica é hipostatizar uma abstração em força real, ou seja, atribuir um caráter substancial ou pessoal a uma relação normativa entre indivíduos.”¹⁴

¹² CURI, Ivan Gueiros. Coord. Estudos de Teoria Geral do Direito. 2006, p. 192.

¹³ KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. 1995, p. 184.

¹⁴ KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. 1995, p. 187.

Kelsen explana que a teoria sociológica mais razoável acerca do Estado é a do Estado como dominação, em que os que detêm a autoridade a exercem e os outros se submetem. Contudo, ele demonstra que os atos de comando do governante são os emitidos de acordo com o sistema normativo (veremos que, no decisionismo schmitiano, pode ser usado o direito como mero instrumento de sua vontade). É impraticável a situação de um governante que funciona como órgão do Estado, sem pressupor uma ordem jurídica que constitui a comunidade denominada de Estado, porque a definição de governante do Estado implica o juízo de uma ordem jurídica válida.¹⁵

Neste sentido, ele chega às seguintes conclusões referentes ao Estado como sociedade organizada:

“O Estado é uma organização política por ser uma ordem que regula o uso da força, porque ela monopoliza o uso da força. (...) esse é um dos caracteres essenciais do direito. O Estado é uma sociedade politicamente organizada porque é uma comunidade constituída por uma ordem coercitiva, e essa ordem coercitiva é o Direito.”¹⁶

O poder estatal é o poder ordenado pelo direito, é o resultado da efetivação do direito:

“O poder político é a eficácia da ordem coercitiva reconhecida como Direito. Descrever o Estado como ‘o poder por trás do Direito’ é incorreto já que sugere a existência de duas entidades distintas onde existe apenas uma: a ordem jurídica. O Dualismo de Direito e Estado é uma duplicação supérflua do objeto de nossa cognição, um resultado de nossa tendência a personificar e então hipostatizar nossas personificações.”¹⁷

O Estado se fundamenta na ordem jurídica tomada em si mesma. Todas as normas podem ser direcionadas a uma norma fundamental (que é pressuposta como suprema para a sua validade não advir de outra norma) que é a origem da validade de todo o sistema. A norma fundamental estabelece a unidade

¹⁵ KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. 1995, p. 188.

¹⁶ KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. 1995, p. 191.

¹⁷ KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. 1995, p. 192.

das diversas normas e concomitantemente concebe a pedra angular de legitimidade de todas as leis deste sistema.

A norma fundamental alude diretamente à Constituição, como previamente estabelecida e eficaz em seu determinado Estado, e indiretamente se relaciona com o sistema de coação confeccionado segundo a própria Carta Magna.

A pressuposição da norma fundamental na Teoria Pura do Direito é a de condução do direito, das normas, em ajuste com a Constituição e com a subjetividade ou a vontade do constituinte:

“A função desta norma fundamental é fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas, postas através de atos de vontade humanos, de uma ordem coercitiva globalmente eficaz, quer dizer: interpretar o sentido subjetivo destes atos como seu sentido objetivo.”¹⁸

É pertinente trazer à baila o sentido exclusivo da norma fundamental, que fica mais claro quando a Constituição é alterada pela via da Revolução e não pela via legal prevista nela própria.

Conforme Kelsen,

“(...) uma ordem jurídica regula a sua própria criação e aplicação, ela determina o começo e o fim da validade das normas jurídicas que a integram.”¹⁹

No Estado de Exceção, que veremos posteriormente, a ordem jurídica prevê a sua suspensão ou a sua própria ausência, em que a criação do direito não precisa do direito, o que para Kelsen, com seu sistema formal fechado, é uma aberração, pois significa a inexistência de amparo legal e a possibilidade de interromper toda a ordem jurídica por um período de tempo necessário e retomá-la depois.

Em uma Revolução (que não é um Estado de Exceção tecnicamente) ocorre um golpe de Estado e a metamorfose da Constituição de maneira extralegal, e, assim, a Constituição poderá vir a ser inteiramente sub-rogada

¹⁸ Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. 1991, p. 215.

¹⁹ Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. 1991, p. 223.

pela Constituição Revolucionária ou apenas parcialmente alterada. Kelsen preleciona acerca da inovação da ordem jurídica e criação do Direito:

“O que existe não é uma criação de Direito inteiramente nova, mas recepção de normas de uma ordem jurídica por uma outra (...) Mas também essa recepção é produção de Direito. Com efeito, o imediato fundamento de validade das normas jurídicas já não pode ser a antiga Constituição, que foi anulada, mas apenas o pode ser a nova. O conteúdo destas normas permanece na verdade o mesmo, mas o seu fundamento da validade, e não apenas este, mas também o fundamento de toda ordem jurídica, mudou. Ao tornar-se eficaz a nova Constituição, modifica-se a norma fundamental, quer dizer, o pressuposto sob o qual o fato constituinte e os fatos em harmonia com a Constituição podem ser pensados como fatos de produção e aplicação de normas jurídicas.”²⁰

A transformação da realidade histórica ou dos fatos e da Constituição é acompanhada pela norma fundamental, segundo a nova hermenêutica jurídica aplicada à nova realidade, porque a norma fundamental deve permanecer pressupostamente válida:

“As normas de uma ordem jurídica positiva valem (são válidas) porque a norma fundamental que forma a regra basilar da sua produção é pressuposta como válida, e não porque são eficazes; mas elas somente valem se esta ordem jurídica é eficaz, quer dizer, enquanto esta ordem jurídica for eficaz. Logo que a Constituição e, portanto, a ordem jurídica que sobre ela se apóia, como um todo, perde a sua eficácia, a ordem jurídica, e com ela cada uma das suas normas, perdem a sua validade (vigência).”²¹

Kelsen, ao explicitar a passagem de um ordenamento jurídico para outro mediante a revolução, com a adaptação da norma jurídica fundamental pressuposta ao ordenamento, que terá a eficácia de acordo com a nova realidade, não considera o momento em que a transição está se efetivando e que nenhum dos ordenamentos teria a eficácia global, em que o efeito imediato que ele propõe da passagem da norma hipotética fundamental pressuposta para a nova Constituição não ocorreria neste lapso temporal, simplesmente porque a norma

²⁰ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 1991, p. 224.

²¹ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 1991, p. 230-231.

fundamental não saberia qual dos ordenamentos é eficaz porque se está em um período de transição (um período revolucionário em que não se sabe quais interesses irão prevalecer), um período de anomia em que o político e o jurídico se embaraçam.

Neste ponto, ocorre a fratura do Sistema Kelseniano fechado, que não é tão selado assim, porque nesta ocasião ocorreria uma abertura necessária para a transição, que Kelsen, em sua teoria, não ilustra. A nova adequação da norma da estrutura básica é imprescindível para a própria sobrevivência do Sistema. Contudo, para efetivar esta adaptação, é preciso cruzar a estação de anomia. Nessa situação de exceção, para Schmitt, o Direito e o Estado refletiriam a sua indiscutível distinção, onde o Estado continuaria a existir e o Direito obscurecer-se-ia, voltando-se ao dualismo contundentemente criticado por Kelsen:

“Na verdade o Estado de Exceção não é nem exterior e nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica. Donde o interesse das teorias que, como a de Schmitt, transformam a oposição topográfica em uma relação topológica mais complexa, em que está em questão o próprio limite do ordenamento jurídico. Em todo caso, a compreensão do problema do estado de exceção pressupõe uma correta determinação de sua localização (ou sua deslocalização).”²²

Carl Schmitt, em sua teoria decisionista, assinala que o soberano é aquele que decide sobre a instauração do Estado de Exceção, e que o Sistema Constitucional deve-se sustentar nessa decisão soberana, que permite o estabelecimento da ordem. A decisão é a obra criadora e a aspiração do soberano é o início, o fim ou a conservação da ordem.

O Estado de Exceção, em situações paradoxais, é um instituto com a forma legal daquilo que não pode ter forma legal, é o ponto no direito em que está prevista a sua própria ausência e a necessidade de afastar a ordem jurídica para poder mantê-la. O Estado de Exceção, no entanto, pode deixar de ser

²² AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção: homo sacer, II. 2004 p. 39.

exceção e tornar-se regra, tornando-se a estrutura política original necessária para uma nova ordem jurídica, diversamente da norma hipotética fundamental:

“O estado de exceção, enquanto figura da necessidade, apresenta-se, pois, – ao lado da revolução e da instauração de fato de um ordenamento constitucional - como uma medida ‘ilegal’, mas perfeitamente ‘jurídica constitucional’, que se concretiza na criação de novas normas (ou de uma nova ordem jurídica)”²³

Verificamos isso empiricamente, a partir da Constituição de Weimar na Alemanha, que em seu artigo 48 prescreve que, se a segurança e a ordem jurídica estiverem ameaçadas, o Presidente do Reich poderá tomar todas as medidas necessárias para o restabelecimento da ordem, podendo suspender total ou parcialmente o ordenamento jurídico.

Hitler foi o chanceler do Reich, nomeado legitimamente (eleito por votação) para comandar um Estado de Exceção. Concomitantemente se tinha dois Estados (Estado Dual), um deles não formalizado juridicamente convivendo com o outro, em razão do Estado de Exceção:

“(...) o Estado de exceção, encontra-se certamente, sua estreita relação com a guerra civil, a insurreição e a resistência. Dado que é o oposto do Estado normal, a guerra civil se situa numa zona de indecidibilidade quanto ao Estado de Exceção, que é a resposta imediata do poder estatal aos conflitos internos mais extremos. (...) Estado nazista (...) Hitler promulgou, no dia 28 de fevereiro, o *Decreto para a proteção do povo e do Estado*, que suspendia os artigos da Constituição de Weimar relativos às liberdades individuais. O decreto nunca foi revogado, de modo que todo o Terceiro Reich pode ser considerado, do ponto de vista jurídico, como um Estado de Exceção que durou 12 anos.”²⁴

O Estado de Exceção distingue a norma de sua aplicação para tornar possível a sua aplicação. Uma zona de anomia no direito é criada para viabilizar a normatização efetiva do real:

“O estado de exceção é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei. Tal força de lei, em potência estão separados de modo radical, é certamente algo como um elemento místico, ou melhor, uma *fictio* por meio da qual o direito busca se atribuir a sua própria anomia.”²⁵

²³ AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção: homo sacer, II. 2004, p. 44.

²⁴ AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção: homo sacer, II. 2004, p. 12-13.

²⁵ AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção: homo sacer, II. 2004, p. 61.

O estado de exceção é, portanto, a previsão no Direito da sua própria ausência, como cogente para sua própria preservação e proteção, em caso de conjunturas de alto risco. O ordenamento jurídico é afastado, interrompido, suspenso, para a sua salvação. O Estado ou o poder e a autoridade do Soberano neste espaço de vazio jurídico não carecem do Direito para originar o Direito. Esta decisão proporciona a mudança de uma organização ingenuamente normativa para o extremo de concretude social.

O instituto do Estado de Exceção pode salvar a democracia e a ordem jurídica se utilizado com o devido discernimento. Porém, investe o titular da exceção de capacidade para aniquilar os dois e instaurar um regime totalitário, do ponto de vista técnico, “democraticamente” (o Presidente do Reich era eleito) e juridicamente (previsão constitucional) corretos. O que resulta, desta forma, é o que Agamben denomina como Ditadura Constitucional. O próprio Schmitt escreveu que nenhuma Constituição como a de Weimar autenticou de maneira tão simplificada o Golpe de Estado.²⁶

Essa mudança de uma medida provisória excepcional para uma técnica de governo, ambienta-se em uma zona de indeterminação entre o absolutismo e a democracia e, quando o Estado de Exceção torna-se regra, ocorrem fenômenos aterrorizantes como o nazismo.

O Presidente do Reich era o guardião da Constituição. Ele representava o interesse do povo e não estava atrelado a nenhum interesse político partidário como os membros do parlamento, que acabavam por representar pequenas camadas sociais ou grupos econômicos que os elegeram:

“O presidente do Reich é eleito pela totalidade do povo alemão e seu poderes políticos perante as instâncias legislativas (especialmente dissolução do parlamento do Reich e instituição de um plebiscito) são, pela natureza dos fatos, apenas um ‘apelo ao povo’. Por tornar o presidente do Reich o centro de um sistema de instituições e poderes plebiscitários, assim como político partidariamente neutro, a vigente Constituição do Reich procura formar, justamente a partir de princípios democráticos, um contra peso para o pluralismo dos grupos sociais e econômicos de poder e defender a unidade do povo como uma totalidade política.”²⁷

²⁶ AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção: homo sacer, II 2004 p. 28.

²⁷ SCHMITT, Carl. *La defense de la Constitución*. 1998, p. 249.

O Presidente do Reich defendia o interesse unitário do povo alemão, ele possuía uma pureza política, contrária à contaminação dos interesses partidários que reinava no parlamento. Ele efetiva essa pureza no funcionalismo público alemão, nomeando e exonerando funcionários que seriam servidores da coletividade neutros e não meros executores de serviços civis. A partir do Presidente, origina-se uma instância independente e neutra, aquém dos conflitos e antagonismos econômicos e sociais partidaristas, que é fundamental para preservação da Constituição e do interesse comum da nação alemã. Ele é estabelecido como o representante vivo de uma nobreza imparcial estática, repleto de poderes para efetivar suas atribuições, estando acima da Sociedade e permanecendo como a referência de totalidade da unidade política:

“A Constituição busca, em especial, dar à autoridade do Presidente do Reich a possibilidade de se unir diretamente a essa vontade política do povo alemão e agir por meio disso, como o guardião e defensor da unidade e totalidade constitucionais do povo alemão. A esperança de sucesso de tal tentativa é a base sobre a qual se fundam a existência e a continuidade do atual Estado Alemão.”²⁸

O soberano é quem constrange ao cumprimento das leis e ao mesmo tempo é o ponto de paralisação do Direito. Através do Estado de Exceção, ele suscita o que é imprescindível para a própria sobrevivência do Direito: a sua colocação em um estado de coma temporário. Ou seja, a decisão de desaplicar a norma possibilita a sua aplicação, opera-se a divisão da norma em relação à sua aplicação.

Cria a doutrina nazista um mito (que o presidente representa um interesse mítico da totalidade do povo alemão, o autêntico interesse público), tão desvinculado da realidade da vida quanto a norma fundamental de Kelsen criticada por Schmitt. Este mito possibilita o Golpe de Estado e um governo de interesse particular do soberano, sob o escudo do Estado de Exceção, decretado para assegurar o direito fundamental de segurança do povo alemão.

²⁸ SCHMITT, Carl. *La defense de la Constitución*. 1998, p. 251.

Retornando ao debate da intervenção do órgão ministerial e concluindo a digressão com respeito aos apontamentos de Agamben, Kelsen e Schmitt, é relevante expressar uma menção de Vera Karam Chueri:

“Neste limiar em que vivemos, no qual a ação humana sem relação com o direito está diante de uma norma sem relação com a vida, não nos cabe reivindicar a volta do Estado de direito, já que os próprios conceitos de Estado e direito estão em questão. Cabe, pois, no limite da tensão provocada pelo Estado de exceção pensar **no que articula vida e direito**, anomia e *nomos*, (...) Desmascarar tal articulação não restitui o Estado à sua condição original, mas abre possibilidades para uma ação política comprometida e, neste sentido, crítica. Falo de uma ação política capaz de (re)fundar o espaço público com criatividade e responsabilidade (...) A indeterminação ou o indizível que caracteriza o Estado de Exceção não nos exime de tomar uma posição, de agir mas, ao contrário, é o que nos move e dá sentido ao que, neste momento, significa este evento: a responsabilidade em escrever uma outra história (neste tempo e espaço da faculdade de direito da Universidade Federal do Paraná).”²⁹

Os sistemas jurídicos possuem aberturas necessárias para sobrevivência dos próprios sistemas. Este espaço vazio, limiar entre o político e o jurídico, é preenchido por uma ação humana que articula a vida e o direito. A expressão principiológica interesse público, gera um espaço de anomia, dentro dos sistemas.

O mito de que o Presidente do Reich representava o autêntico interesse público, juntamente com a cegueira de parte do povo alemão (visto que o soberano foi eleito democraticamente), permitiu Hitler dissimular interesses. As aberturas nos sistemas, como no decisionismo de Schmitt, são perigosas, porém são necessárias.

O Presidente do Reich era o guardião da Constituição e da ordem jurídica, o representante do real interesse público alemão. Ele exercia uma atividade político-jurídica. O promotor de justiça é o defensor do ordenamento jurídico e representa o interesse público da sociedade quando intervém em um caso concreto exercendo uma atividade administrativa singular.

A lei, por necessidade, diante da imprevisibilidade de circunstâncias que o promotor arrosta na intervenção, proporciona (na verdade

²⁹ CHUEIRI, Vera Karam de. Agamben e o estado de exceção como zona de indeterminação entre o político e o jurídico “in” FONSECA, Ricardo Marcelo (org). *Crítica da modernidade: diálogos com o direito*. 2005, p. 105-106.

reconhece a sua limitação) um espaço onde um discernimento jurídico-político subjetivo opera-se no caso concreto, onde se faz necessária uma ação humana que deve ser crítica e responsável, imprescindível, para o direito, de alguma maneira, na sua inatividade, se aproximar da vida e assim realizar pacificação social, pois, do contrário, insurreições sociais se consumariam. Neste lugar de anomia, entre o político e o jurídico, se efetua o discernimento, consistente em identificar o interesse relevante, dentre uma variedade de interesses muitas vezes conflitantes.

Nota-se, portanto, ser o direito, em razão da incessante mutação social, em si mesmo, insuficiente para garantir a aplicação do interesse público que realmente se coaduna com as necessidades da sociedade.

Partindo da conclusão acima, equivocada está a conclusão nº 1 (citada no cap. 2), da esfera extraprocessual, do grupo de estudo extraordinário do Centro de Apoio das Promotorias Cíveis (Caops) e da Escola do Ministério Público, liderado por Olympio de Sá Sotto Maior Neto, de elaborar uma estratégia no sentido de inserir na legislação dispositivos expressos que determinem não só a imprescindibilidade da intervenção do Ministério Público como *custos legis* nas causas envolvendo matéria fiscal, como também naquelas em que figure em qualquer dos pólos pessoas jurídicas da Administração Direta ou Indireta.

O legislador engendrou um ambiente para o promotor ponderar o caso concreto e verificar se há interesse público relevante para sua intervenção, implorando uma ação do agente ministerial e não uma rogativa para criação de mais leis, atentando-se, portanto, para o reconhecimento de seu limite. Diante do perfil constitucional explicitado nos artigos 127 e 129 da Constituição, da expressão aberta “interesse público” do código de processo civil, deve o promotor “agir”, fundamentar acerca do interesse que lhe move e não demandar uma inflação maior de leis, que tomadas em si mesmas não resolvem os problemas. A criação de uma lei infraconstitucional não seria melhor solução do que basilar a intervenção na expressão constitucional de zelar pelos interesses sociais com a avaliação do caso concreto, com sua respectiva fundamentação. O agente ministerial não precisa de tal previsão ordinária em face do mandamento constitucional.

Observa-se também a conseqüente inoperabilidade da instituição na intervenção em todos os feitos de execução fiscal, como o grupo de estudos de Olympio Sotto Maior e Lineu Walter defende (cap. 2), posto que interesses mais urgentes socialmente requisitam a atenção ministerial. Nota-se que

o engessamento da instituição, em causas que não atendam a interesses emergenciais, levará à mesma falta de pacificação social que o levaria o direito distante da realidade da vida. Entretanto, é importante a ressalva de Sara Schutz³⁰ sobre o assunto de que a posição constitucional dos promotores não os permite aceitar estranhas fundamentações no que concerne à sobrecarga de trabalho, pretensamente comprometedora da importância institucional, observando que esses são fatores que dizem respeito à própria instituição, sua atuação e sua estrutura comprometida apenas com a lei maior e com sua história institucional pautada pela efetiva atuação dentro do estado de direito.

Não se deve, porém, impedir que o Ministério Público intervenha nos feitos de execução fiscal, em casos excepcionais, em que, por circunstâncias específicas do caso concreto, verifica-se o interesse público relevante. Não pode a Súmula 189 generalizar presumindo a falta de interesse público em todas as execuções fiscais.

A mesma argumentação serve para as afirmações de que a nova lei de falências deveria prescrever, de que o ministério público tem que intervir em todas as falências e recuperações judiciais das empresas. Suponhamos que uma empresa denominada Klabin, situada em Telêmaco Borba, gera cerca de dez mil empregos diretos e indiretos e uma receita fiscal de cinco milhões, extremamente significativa para um município de apenas oitenta mil habitantes. Esta empresa vem a ingressar em recuperação judicial ou falência, podendo fazer com que a economia local venha a entrar em colapso e com que uma multidão de pessoas perca seus empregos. Neste arquétipo, vislumbra-se um interesse público justificador de intervenção do Ministério Público. Porém, imagine-se que, na mesma cidade, entra também em processo de falência ou recuperação judicial a apocada taberna do “Pé de Cana” (antro de alcoolismo e rixas) situado em uma mal fadada esquina da cidade. Por óbvio constata-se que em tal modelo não se verifica interesse público justificador da intervenção.

O parecer do Procurador de Justiça Camargo Ferraz é esclarecedor neste sentido:

“(...) mister se faz que o promotor **examine em cada caso concreto a expressão social**, a repercussão prática e a

³⁰ VASCONCELOS, Sara Schutz. Brevíssimas Reflexões Genéricas Sobre a Intervenção do Ministério Público nos Procedimentos da lei nº 11.101/05. Site do Ministério Público do Rio Grande do Sul, disponível em www.mp.rs.br/civel/doutrina.

conveniência de sua intervenção, para aferir a existência de um interesse público imediato. O exame discricionário do interesse a ser efetivamente preservado possibilitará à instituição intervir com maior rapidez, racionalizando os meios que se encontram à sua disposição, dando uma **resposta mais efetiva às necessidades da sociedade** na busca da cidadania real. A análise discricionária não é legalmente vedada aos membros do Ministério Público. A própria lei já admite a intervenção simplesmente facultativa, recomendando a identificação, pelo Ministério Público de um interesse que justifique no caso concreto, o seu pronunciamento”.³¹ (grifo nosso)

Na inatividade da lei, seja no Estado de Exceção objeto de estudo de Agamben ou na utilização de uma norma principiológica aberta como a expressão “interesse público”, que é um vazio ou motivo conceitual como ensina Miranda Coutinho ou *vacum jurídico* conforme Agamben, abre-se um espaço anômico, limiar entre o político e o jurídico, que requer uma ação humana crítica não-mecânica regrada para preencher “o vazio” a contento social. A lei, então, não pode dizer exatamente como deve o promotor verificar o interesse público, diante da impossibilidade de definir o que é interesse público de maneira cerrada, e também não consegue taxativamente prescrever todas as causas que ensejariam a intervenção:

“Por um lado, o vazio jurídico (...) parece absolutamente impensável pelo direito; por outro lado, esse impensável reveste-se, para ordem jurídica, de uma relevância estratégica decisiva (...) O que abre passagem para justiça não é a anulação, mas a desativação e a inatividade do direito, ou seja, um outro uso dele.”³²

³¹ Parecer oferecido nos autos de Processo 2.083/99, em trâmite na 2ª Vara Cível da Comarca de Presidente Prudente-SP.

³² AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção: homo sacer, II 2004 p. 93-98.

3.2 COMPETÊNCIA DA AFERIÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

Há controvérsias sobre quem possui a competência de aferir a existência do interesse público, apto a justificar a atuação do Ministério Público.

A intervenção do agente ministerial, conforme Tesheiner,³³ condiciona-se a uma dupla análise: do magistrado, que determina sua intimação; e do próprio Ministério Público, com poderes para decidir, conclusivamente, não ser caso de intervenção. Inversamente, se é o Ministério Público que voluntariamente intervém, cabe ao juiz decidir sobre sua legitimidade.

A conclusão que lavra Arruda Alvim Netto³⁴, a que chegou o 5º curso de Especialização em Direito Processual Civil da PUC, São Paulo, é que o art. 82, inciso III, é norma discricionária. O titular desse poder discricionário é o Ministério Público. Ao Poder Judiciário cabe, quanto à legalidade, controlar o exercício regular deste poder. Cabe ao órgão do Ministério Público resolver se deve, ou não, intervir no feito, mas o Poder Judiciário, em decisão final, tem o direito de admitir, ou não, o ingresso do *parquet*. Da mesma forma, não cabe a nenhum órgão do Judiciário, por mais elevado que seja, impor a presença do agente ministerial. Entretanto, cabe o direito de, se entender-se indispensável, mandar intimá-lo, para, então, o membro agir como melhor lhe parecer, inclusive não postulando nada.

Celso Agrícola Barbi³⁵ defende que o Ministério Público detém, com exclusividade, a prerrogativa de realizar a aferição de interesse público, intervindo ou não no processo, sem que para tanto sofra ingerência do órgão jurisdicional

Segundo Édís Milaré³⁶, o interesse público, devido à imprecisão legal do legislador, é fórmula de conteúdo genérico, que necessita de uma avaliação subjetiva, de molde a não se saber se é o órgão do Ministério Público o titular da intervenção ou se ele se subordina à determinação judicial para que participe da relação processual.

³³ TESHEINER, José Maria. O Ministério Público Como Fiscal da Lei no Processo Civil. Páginas de Direito. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br>> Acesso em 24 de março de 2005.

³⁴ TESHEINER, O Ministério Público Como Fiscal da Lei no Processo Civil. Páginas de Direito. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br>> Acesso em 24 de março de 2005.

³⁵ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Apud KIRCHNER 1998. p. 653.

³⁶ MILARÉ, Edis. **O Ministério Público e a insolvência Civil**. Revista de Processo 25/107. Apud KIRCHNER, 1998. p. 654.

A doutrina majoritária Italiana³⁷ entende que o Ministério Público Italiano possui, com exclusividade, a prerrogativa de realizar a aferição de interesse público, intervindo ou não no processo, sem que para tanto sofra ingerência do órgão jurisdicional.

Milton Sanseverino³⁸ expõe que, na questão de aferição de interesse público, a lei não pode deixar de outorgar ao juiz o poder de investigar o interesse legitimante e de decidir se é o caso ou não de participação do Ministério Público no processo.

Antonio Cláudio Machado³⁹ expõe que toda espécie de intervenção se submete ao controle do órgão jurisdicional. Não se trata, portanto, de uma particular deferência à instituição ministerial. Embora o magistrado sempre tenha o poder de controle sobre a intervenção, é claro que o *parquet* goza também do poder de verificar a ocorrência do interesse público, visto que é o fundamento de sua atuação. O poder de controle da intervenção não exclui o poder de detecção nem vice-versa. Ambos coexistem, e, na medida em que coincidam os juízos de valor do magistrado e do órgão ministerial acerca do interesse a que se refere o inc. III do art. 82, ocorrerá ou não a intervenção, sem nenhuma controvérsia incidental. Havendo discordância, decidirão respectivamente a segunda instância do Poder Judiciário ou o chefe do Ministério Público, conforme o caso, zelando-se, desta forma, pela independência das duas instituições.

Milton Sanseverino⁴⁰ expressa, a respeito da dupla titularidade da aferição do interesse público, que a aferição cabe ao Ministério Público, se não com exclusividade, ao menos em paridade de condições com o Poder Judiciário, pois, do contrário, o promotor público ficaria inteiramente submetido ao arbítrio da vontade judicial, em prejuízo de sua independência funcional e de consciência, que de modo algum pode lhe ser subtraída.

A Súmula nº 5 do Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, apresentada pelo Dr. José

³⁷ MACHADO, Antonio Cláudio Costa. A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro 1998. p. 316-319.

³⁸ SANSEVERINO, Milton. **O Ministério Público e o interesse público no processo civil**. RF, v. 254. Apud KIRCHNER, 1998. p. 654.

³⁹ MACHADO, Antonio Cláudio Costa. A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro 1998, p. 389-391.

⁴⁰ SANSEVERINO, Milton. **O Ministério Público e o interesse Público no Processo Civil**. RF, v. 254. Apud MACHADO, 1998. p. 390.

Ricardo Peirão Rodrigues, Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de São Paulo, tem o seguinte teor:

“ Atuando como fiscal da lei, as situações que ensejam a presença do Ministério Público no processo civil, quer em Primeira, quer em Segunda Instância, são apenas as previstas nos incs. I, II e III art. 82 do CPC, não se admitindo interpretação ampliativa. Na hipótese do inc. III, o que legitimará a intervenção do Ministério Público será a existência de um interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou pela qualidade da parte, reconhecendo-se certa margem de discricionariedade à própria Instituição – e não ao Poder Judiciário – para adaptar o conceito de **interesse público às situações concretas**. A decisão de intervir ou não na demanda, em face de interesse público, caberá sempre ao Ministério Público, salvo, evidentemente, quando a própria lei (esparsa) determiná-la (como no caso da Lei do Mandado de Segurança). (Encontro de Canela, Rio Grande do Sul, março de 1998)”⁴¹ (grifo nosso).

Diversamente do que Edis Milaré assevera (sobre a imprecisão do legislador que gerou a falta de ciência do órgão responsável pela avaliação de interesse público), o entendimento adequado é o de que o legislador usufrui de uma expressão principiológica de maneira coerente (imprecisa, mas precisa no reconhecimento de alcance), que enfeuda ao Ministério Público a análise no caso concreto de justificação de sua intervenção. O promotor não pode ser coagido a intervir nem pelo Judiciário e nem pela sua chefia administrativa da instituição, em razão dos princípios da autonomia e da independência funcional (explanados no cap. 1).

É importante, ainda, ressaltar que a conclusão a que chegou o grupo de estudos de Arruda Alvim, de ser norma discricionária o inc. III do art. 82, de quem é titular o agente ministerial, não pode ser vislumbrada como conveniência e oportunidade do administrador público. Se o promotor verificar o interesse público, deve intervir, pois assim é obrigado por mandamento constitucional, complementar e ordinário.

⁴¹ Súmulas do Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados E da União, Súmula nº 5 **Site MPPR**. Disponível em: <<http://www.mppr.gov.br>>. Acesso em fevereiro de 2008.

Porém, quando o *parquet* constatar a existência de interesse público, e o Juiz divergir, este pode indeferir sua intervenção. Resta, então, ao promotor, interpor recurso de agravo de instrumento, junto ao Tribunal Competente para a solução da controvérsia. Nesta conjectura, a última palavra será dada pelo órgão jurisdicional de segunda instância, nada podendo fazer o Ministério Público, caso seja negado o provimento ao recurso interposto. É claro que, dependendo do caso concreto, tentar-se-á buscar respaldo nas cortes superiores.

No mesmo molde exposto acima, de maneira analógica, com fundamento no art. 126 do Código de Processo Civil, se o juiz entende que o promotor deve intervir e este não concorda, aplica-se o procedimento do art. 28 do Código de Processo Penal. Discordando o juiz do embasamento invocado pelo *parquet* para não intervir na demanda, incumbe-lhe provocar a manifestação do Procurador Geral, que, na condição de chefe da Instituição, ou manterá a posição de inércia do agente (quando o juiz tão somente deverá aceitar) ou, caso entenda presente o interesse público, designará outro agente ministerial para atuar no processo.

Ronaldo Porto Macedo Júnior apresentou uma tese a respeito do assunto tratado, no XIII Congresso Nacional do Ministério Público, segundo a qual o artigo 82 deveria ser alterado a fim de que nele fosse disposto o seguinte:

Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:

I – Nas causas em que há interesses de incapazes;

II – Nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposição de última vontade.

III – Nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e **nas demais causas em que há interesse social ou individual indisponível.**

Parágrafo primeiro – Na hipótese do inciso III, caberá ao Ministério Público **o reconhecimento da existência do interesse social bem como a avaliação da indisponibilidade do interesse individual protegido.**

Parágrafo segundo – Caberá ao órgão da administração superior do Ministério Público, definido em lei, **emitir súmulas normativas relativas às hipóteses de intervenção referida no parágrafo anterior.**

Parágrafo terceiro – Se o órgão do Ministério Público deixar de intervir em caso concreto por entender inexistir o interesse social e o juiz, no caso considerar as razões invocadas improcedentes ou contrárias às

súmulas sobre intervenção fixadas pelo órgão da administração superior referido parágrafo anterior, fará a remessa do processo ou de peças de informação ao Procurador Geral que, nos termos da lei, designará outro promotor de justiça para officiar no feito ou insistirá no posicionamento de não intervir, ao qual estará o juiz obrigado a atender.⁴²

⁴² JUNIOR MACEDO, Ronaldo Porto. Apud OLIVEIRA, Alexandre Albagli. A intervenção do Ministério Público no Processo Civil: um convite a reflexão no ano da debutante. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 23 de março de 2005.

3.3 O CAMINHO CONSTITUCIONAL DE INTERVENÇÃO

O perfil conferido ao Ministério Público, no Brasil, pela Constituição Federal vigente, suscitou reflexões e discussões. Buscou-se, com isso, sistematizar a intervenção do *parquet* no processo civil e mobilizar debates internos na Instituição, na doutrina e jurisprudência. O conceito trazido pelo art. 127 caput, fixando o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, demonstra que o Constituinte aumentou sua independência e alargou sua missão constitucional, invitando-o a desempenhar um papel muito mais extenso, atuando como guardião de interesses difusos e coletivos em áreas como meio ambiente, direitos do consumidor, patrimônio histórico e cultural, patrimônio público, controle da administração pública e de serviços de relevância pública.

Doutrinadores, magistrados e membros do Ministério Público têm se dividido, nesta reflexão, no sentido de se o Ministério Público deve ou não deixar de intervir em causas de reduzida repercussão social, visto que isso não se coaduna com o perfil Constitucional traçado para a Instituição, permanente, essencial à função jurisdicional do Estado.

Humberto Dalla⁴³ expõe que é necessário identificar as prioridades do Ministério Público. Observando-se toda a carga de trabalho da instituição, a atuação ministerial deve ser polarizada e dirigida sempre ao interesse social, quer no processo penal ou civil. Não há correções a se fazer no texto constitucional, mas sim às leis federais e estaduais, que acometem dezenas de funções administrativas e burocráticas ao *parquet*, impedindo sua maior dedicação aos interesses sociais. É imprescindível uma atuação do Ministério Público dentro de uma perspectiva racionalizada, adotando as funções institucionais do art. 129 da Constituição Federal.

⁴³DALLA, Humberto. A Tutela do Interesse Coletivo como Instrumento Polarizador da Participação do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro. Humberto Dalla Site. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br>. Acesso em: 26 de abril de 2005.

João Lopes Guimarães Júnior⁴⁴ preleciona que o Ministério Público deve zelar apenas pelo interesse público que se apresenta como mais relevante, porque relevantes são suas incumbências constitucionais. Deste modo, se o *parquet* é untado para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, e dos interesses sociais indisponíveis, apenas o interesse público qualificado deve merecer sua fiscalização no processo civil, sob pena de um perigoso desvirtuamento da missão constitucional da Instituição, que deve sempre procurar a efetiva aplicação da lei para propiciar o fortalecimento do Estado de Direito e a pacificação social.

É importante sopesar que as leis e seus aspectos materiais e procedimentais podem muitas vezes servir a interesses de instituições financeiras, como, por exemplo, na redução para 150 salários mínimos para recebimento de créditos dos trabalhadores na ordem de pagamento nas falências. A legislação ordinária pode ser manipulada para desvirtuar as funções da instituição ministerial (atente-se que a instituição incomoda muitos parlamentares corruptos, administradores públicos ímprobos e empresas que violam a lei), cujos membros devem sempre realizar o seu definido perfil constitucional. Atualmente, apesar de estarmos fazendo vinte anos de Constituição, inúmeros dispositivos legais de intervenção ministeriais têm sofrido questionamentos quanto à sua constitucionalidade. A constituição somente terá concretude social se os principais responsáveis pelo cumprimento de suas determinações tiverem a percepção de que o seu conteúdo tem que se revelar na práxis, além de vontade para agir.

Conforme Marcelo Zenkner alerta que

“(...) a Lei Maior de um país não configura apenas a expressão de um ser, mas também de um ‘dever ser’, **urge uma opção político-institucional** do Ministério Público como um todo, bem como de cada um de seus membros, sempre orientada pelo critério da efetividade no cumprimento de seu mister constitucional. (...) não se pode mais admitir a passividade do promotor de Justiça que aceita, sem qualquer questionamento, a existência de um suposto interesse público em determinada causa por que a lei prevê sua intervenção, como se a legislação infraconstitucional pudesse gerar uma presunção *jure et de jure* de existência de interesse público em todas as causas.”⁴⁵ (grifo nosso)

⁴⁴ GUIMARÃES, João Lopes. Ministério Público – Instituição e Processo. São Paulo: Atlas, 1997, p. 155. Apud OLIVEIRA, 2005.

⁴⁵ ZENKER, Marcelo. Ministério Público e Efetividade do Processo Civil. 2006, p. 198.

Importante trazer a baila alguns exemplos, sobres às mudanças na interpretação de dispositivos legais, culminando com a Carta de Ipojuca, maior expressão institucional (a nível nacional), que demonstra claramente as inquietações geradas na instituição.

No Código de Processo Civil, um dos modelos de inconstitucionalidade propostos, é o art. 9º, incisos I e II, por não ser função institucional do Ministério Público desempenhar a defesa de interesses pessoais e direitos subjetivos, ainda quando se tratem de incapazes e hipossuficientes. Também porque a Lei Complementar nº 80/1994 em seu artigo 4º, inciso VI prevê a proteção realizada pela Defensoria Pública. Conforme Antonio Negreiros Lima preleciona:

“À luz de uma interpretação conforme a constituição, é inadmissível, por inconstitucional, uma exegese que lhe assinale a função de curador de interesse particulares, (como pretende ver antiga e minoritária corrente doutrinária e jurisprudencial, nas hipóteses do art. 9º, inc. I e II, do CPC, bem como em alguns outros dispositivos análogos existentes no mesmo estatuto processual e em lei extravagantes”⁴⁶

Um exemplo mais recente é o art. 75 da lei nº 10.741/03, o estatuto do idoso, que determina que o Ministério Público deva atuar obrigatoriamente, na defesa dos direitos e interesses do idoso. Inconstitucionalidade elencada, por obrigar ao agente ministerial defender interesse individual disponível. Segundo José Soares de Lima Neto, Procurador da República:

“Apesar de sua forma incisiva o art. 75 da lei nº 10.741/2003 não pode gerar a interpretação irrazoável, e inconstitucional, e fazer com que todas as ações em que é parte pessoa que tem idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos passe a ter a intervenção necessária do Ministério Público. Nenhuma lei ordinária pode especificar, ao arripio da Carta Magna, as funções acometidas ao *Parquet* e, menos ainda, ampliá-las em desacordo com suas finalidades institucionais. (...) A intervenção do Ministério Público só se deve dar (...) em certos casos justificados pelo interesse publico primário decorrente da proteção integral a dignidade da pessoa humana de certa idade”⁴⁷

⁴⁶ LIMA, Fernando Antonio Negreiros. A Intervenção do Ministério Público: no Processo Civil Brasileiro como *custos legis*. 2007, p. 257.

⁴⁷ Parecer exarado no Processo nº 2004. 70.02.001463-2, no Juízo Federal da 2ª Vara Cível de Foz do Iguaçu-PR.

A seguir, reproduz-se a carta de Ipojuca, firmada pelo Conselho Nacional dos Corregedores Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, reunido nos dias 11 a 13 de maio do ano de dois mil e três, em Ipojuca, Estado de Pernambuco, com a presença de membros ministeriais de todas as partes do Brasil⁴⁸, que deliberam que

“A - considerando a necessidade de otimizar a intervenção do Ministério Público no Processo Civil, notadamente em **função da utilidade e efetividade da referida intervenção em benefício dos interesses sociais**, coletivos e individuais indisponíveis,

considerando a imperiosidade de reorientar a atuação ministerial em respeito a **evolução institucional do Ministério Público e ao perfil traçado pela Constituição da República** (artigos 127 e 129), que nitidamente **priorizam a defesa de tais interesses** na qualidade de órgão agente,

considerando a **justa expectativa da sociedade de uma eficiente, espontânea e integral defesa dos mesmos interesses**, notadamente os relacionados com a probidade administrativa, a proteção do patrimônio público e social, a qualidade dos serviços públicos e de relevância pública, a infância e juventude, as pessoas portadoras de necessidades especiais, os idosos, os consumidores e o meio ambiente,

considerando a iterativa jurisprudência dos Tribunais pátrios, inclusive sumuladas, em especial dos Egrégios Supremo Tribunal Federal e Supremo Tribunal de Justiça,

⁴⁸ Procurador de Justiça **Lean Antônio Ferreira de Araújo**; do Amapá, Procurador de Justiça **Márcio Augusto Alves**; do Amazonas, Procuradora de Justiça **Rita Augusta de Vasconcellos Dias**; da Bahia, Procurador de Justiça **José Marinho das Neves Neto**; do Ceará, Procurador de Justiça **Nicéforo Fernandes de Oliveira**; do Espírito Santo, Procurador de Justiça **José Adalberto Dazzi**; de Goiás, Procurador de Justiça **Edison Miguel da Silva JR**; do Maranhão, Procurador de Justiça **João Raymundo Leitão**; do Mato Grosso, Corregedor-Geral Adjunto **Leonir Colombo** (representante); do Mato Grosso do Sul, Procurador de Justiça **Olavo Monteiro Mascarenhas**; de Minas Gerais, Procurador de Justiça **Manoel Divino de Siqueira**; do Pará, Procurador-Geral de Justiça **Geraldo de Mendonça Rocha**, representando o Corregedor-Geral **Luiz Ismaelino Valente**, da Paraíba, Procuradora de Justiça **Amarília Sales de Farias**; do Paraná, Promotor-Corregedor **Clayton Maranhão** (representante); de Pernambuco, Procurador de Justiça **Antonio Carlos de Oliveira Cavalcanti**; do Piauí, Procuradora de Justiça **Martha Celina de Oliveira Nunes**; do Rio de Janeiro, Procuradora de Justiça **Denise Freitas Fabião Guasque**; do Rio Grande do Norte, Procuradora de Justiça **Valdirla Câmara Tôres Pinheiro Costa**; do Rio Grande do Sul, Procuradora de Justiça **Jacqueline Fagundes Rosenfeld**; de Rondônia, Procurador de Justiça **Cláudio José de Barros Silveira**; de Roraima, Procurador de Justiça **Alessandro Tramujas Assad**; de Santa Catarina, Procurador de Justiça **Odil José Cota**; de São Paulo, Procurador de Justiça **Carlos Henrique Mund**; de Sergipe, Procurador de Justiça **Darcilo Melo Costa**; e do Ministério Público do Trabalho, Subprocuradora-Geral do Trabalho **Heloísa Maria Moraes Rego Pires**.

considerando a **exclusividade do Ministério Público na identificação do interesse que justifique a intervenção da Instituição na causa**, e, respeitada a autonomia funcional dos membros do Ministério Público e sem caráter normativo e vinculativo:

1) Em matéria cível, intimado como órgão interveniente, poderá o membro da Instituição, ao verificar não se tratar de causa que justifique a intervenção, limitar-se a consignar concisamente a sua conclusão, apresentando, neste caso, os respectivos fundamentos.

2) Em se tratando de recurso interposto pelas partes nas situações em que a intervenção do Ministério Público é obrigatória, resguarda-se ao agente ministerial de primeiro grau a manifestação sobre a admissibilidade recursal.

3) É desnecessária a atuação de mais de um órgão do Ministério Público em ações individuais ou coletivas, proposta ou não por membro da Instituição.

4) Perfeitamente identificado o objeto da causa e respeitado o princípio da independência funcional, **é desnecessária a intervenção ministerial** nas seguintes demandas e hipóteses:

I - Separação judicial consensual onde não houver interesse de incapazes;

II - Ação declaratória de união estável e respectiva partilha de bens;

III - Ação ordinária de partilha de bens, envolvendo casal sem filhos menores ou incapazes;

IV - Ação de alimentos e revisional de alimentos, bem como ação executiva de alimentos fundada no artigo 732 do CPC, entre partes capazes;

V - Ações relativas à disposições de última vontade, sem interesse de incapazes, excetuada a aprovação, cumprimento e registro de testamento, ou que envolver reconhecimento de paternidade ou legado de alimentos;

VI - Procedimento de jurisdição voluntária em que inexistir interesse de incapazes ou não envolver matéria alusiva a registro público;

VII - Ação previdenciária em que inexistir interesse de incapazes;

VIII - Ação de indenização decorrente de acidente de trabalho;

IX - Ação de usucapião de imóvel regularmente registrado, ou de coisa móvel, ressalvadas as hipóteses da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001;

X - Requerimento de falência, na fase pré-falimentar;

XI - Ação de qualquer natureza em que seja parte sociedade de economia mista;

XII - Ação individual em que seja parte sociedade em liquidação extrajudicial;

XIII - **Ação em que for parte a Fazenda ou Poder Público** (Estado, Município, Autarquia ou Empresa Pública), com interesse meramente patrimonial e sem implicações de ordem constitucional, **a exemplo da execução fiscal e respectivos embargos, anulatória de débito fiscal, declaratória em matéria fiscal, repetição de indébito, consignação em pagamento, possessória, ordinária de cobrança, indenizatória, embargos de terceiros, despejo,**

ações cautelares, conflito de competência e impugnação ao valor da causa;

XIV - Ação de desapropriação, direta ou indireta, entre partes capazes, desde que não envolvam terras rurais objeto de litígios possessórios ou que encerrem fins de reforma agrária (art. 18, § 2º, da LC 76/93);

XV - Ação que verse sobre direito individual não-homogêneo de consumidor, sem a presença de incapazes;

XVI - Ação de envolver fundação de entidade de previdência privada; e

XVII - Ação em que, no seu curso, cessar a causa de intervenção.”⁴⁹ (grifo nosso).

⁴⁹ Carta de Ipojuca, Corregedoria Geral do Ministério Público do Paraná. Site MPPR. Disponível em: <<http://www.mppr.gov.br>>.

CONCLUSÃO

O Ministério Público é um órgão independente do Estado, com uma função administrativa peculiar, de atuação na defesa dos direitos indisponíveis, dos direitos coletivos, dos direitos difusos e individuais homogêneos que geram vultosa repercussão social ou de um modo universal na defesa do interesse público primário (representa o interesse da sociedade como um todo) e do secundário (interesse da administração pública, dos agentes públicos e dos órgãos públicos) unicamente quando este coincide com o primeiro. Ele desempenha, além disso, atividades extrajudiciais (como ocorre em determinados casos em defesa do meio ambiente por meio dos termos de ajustamento de conduta), judicialmente (órgão essencial à função jurisdicional) contíguo ao judiciário e outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade. Finalidade esta que consiste, prioritariamente, em ele ser uma instituição instrumento de defesa do interesse social, de materialização dos direitos fundamentais em suas três gerações e do regime democrático.

O inc. III do artigo 82 do Código de Processo Civil, no que concerne à expressão interesse público, é uma norma principiológica, que engendra um espaço de anomia (em razão do limite semântico da lei, da indefinição de interesse público, da permanente e célere mutação social, de persecução de aproximação da realidade da vida pelo direito na previsão da sua própria inatividade) entre o jurídico e político (ação humana), que requer do promotor, em face do caso concreto, a realização de um discernimento jurídico subjetivo de verificação de interesse público justificante de intervenção.

A grande dificuldade consiste nesta avaliação, que pode ser desvirtuada em relação à realidade e, conseqüentemente, aventar uma intervenção errônea ou uma manifestação defeituosa do órgão, prejudicando o interesse social que deveria realizar. A expressão interesse público primário, usufruída pela maior parte da doutrina, extraída da fundamentação de Renato Alesi (cap. 2), é suficientemente abstrata para gerar equívocos. Afinal, o que é interesse da sociedade como um todo em uma sociedade com interesses fragmentados? Não seria, por certo, aquele vinculado a um modelo (conservadas as devidas proporções, obviamente) de acabamento mítico jurídico estatal, como o presidente do Reich, que representava a totalidade dos interesses do povo alemão, como um órgão de pureza

consistente na não contaminação dos interesses de blocos econômicos, religiosos e culturais que imperavam no parlamento.

Nessa perspectiva Jose Eduardo Faria, alude:

“Como é possível postular-se o princípio do interesse público numa sociedade tão dividida, tão desigual, marcada por uma lógica tão oportunista (...) Quando examinamos esse quadro do ponto de vista econômico, social e político, de uma forma muito rápida, em uma sociedade como esta, não é fácil utilizar o princípio como uma categoria totalizadora para o sistema jurídico. Em tal sociedade verificaremos um esgarçamento do contrato social. Torna-se cada vez mais difícil trabalhar com princípios como bem comum e finalidade social da lei (...) O que é bem comum em uma sociedade como essa? O que é interesse público?”¹

Quiçá, uma proposta, diante da crítica do discurso totalitário de interesse público, é materializá-lo em benefício das vítimas, em uma ótica dusselniana. Este define vítimas como “as que sofrem as imperfeições, os erros, as exclusões, as dominações, as injustiças, das instituições empíricas não perfeitas, finitas, dos sistemas existentes”.² O fato de haver vítimas em todo o sistema empírico é categórico, e por isso a crítica é também (sempre) imprescindível.³ Identificar empiricamente uma vítima é constatar 'negatividades': pobreza, traumatismo, dor, patologias e muitas outras dimensões da 'negatividade'. O crítico descobre o “mal” na totalização dos sistemas que se “fecham” sobre si mesmos, e assim não podem mais descobrir nem re-conhecer a alteridade e autonomia de suas vítimas. Essa é a própria realização do mito da modernidade: o encobrimento do Outro⁴. A consciência crítica pressupõe o exercício de um novo tipo de racionalidade, que opera uma inversão fundamental, pois a análise não começa da totalidade (do sistema), mas de sua exterioridade (das vítimas do sistema). Logo, as vítimas podem criticar a totalidade, porque partem da exterioridade⁵. Logo, sua crítica se diferencia de uma mera explicação (ou justificação) do sistema⁶. Podemos ter na instituição do Ministério Público um defensor das vítimas e uma das ferramentas de fruição dos direitos fundamentais no seio da sociedade, que são suas aspirações básicas.

¹ SALLES, Carlos Alberto. Organizador. Processo Civil e Interesse Público: o processo como instrumento de defesa social. 2003, p. 85.

² DUSSEL, Enrique. Ética da Libertação. 2002, p.373.

³ DUSSEL, Enrique. Ética da Libertação. 2002, p.373.

⁴ DUSSEL, Enrique. Ética da Libertação. 2002, p.305.

⁵ DUSSEL, Enrique. Ética da Libertação. 2002, p.301.

⁶ DUSSEL, Enrique. Ética da Libertação. 2002, p.301-302.

Em razão da complexidade da constatação do interesse justificador, os promotores carecem de uma formação sociológica densa e de apoio especializado de profissionais de outras ciências além do direito, para desempenhar sua função de maneira otimizada. Os promotores necessitam de uma cultura judiciária que esteja à disposição da coesão social e do aprimoramento democrático, em razão de problemas que atravessam a sociedade: desigualdades sociais, a globalização, o aumento da tensão entre o poder político e o judicial, denotam uma mudança de adágio nas funções ministeriais e judiciais.

Oportuna é a crítica, neste sentido, para o Ministério Público Brasileiro também, de Boa Ventura de Souza Santos, Professor de Economia da Universidade de Coimbra e Diretor do Observatório Permanente da Justiça, com relação ao CEJ (Centro de Estudos Judiciários), núcleo responsável pela formação dos Magistrados do Ministério Público Português:

“O CEJ só faz sentido se não reproduzir as Faculdades de Direito e para isso deveria organizar-se segundo duas orientações. Uma é a orientação prática, que envolve a **análise concreta de processos** (...) para sensibilizar os novos magistrados sobre a importância crescente dos meios alternativos de resolução de conflitos. A outra é sociológica e envolve o conhecimento da nossa sociedade, tanto no plano econômico e social, como no plano político e cultural. Os candidatos a magistrados tem que conhecer melhor a sociedade em que vão desempenhar suas funções. (...) A formação dos magistrados **tem que se abrir a outras ciências**. (...) A realidade está a mudar e é **complexa demais para ser aprendida apenas com o conhecimento do direito**”⁷

Para a intervenção fundada em interesses difusos e coletivos, eventualmente conflituosos entre si, é preciso um arcabouço técnico científico que transcende o conhecimento do direito, não consistindo essas mudanças apenas na formação do Promotor, mas também em mutações estruturais na instituição. O Ministério Público não se encontra estruturado de maneira eficaz a satisfazer os anseios sociais e as responsabilidades advindas do novo perfil constitucional. É notória a falta de recursos materiais e humanos em diversas comarcas no Brasil. Em algumas, até mesmo há promotores “*ad hoc*”, inconstitucionais.

⁷SANTOS, Boa Ventura. A Formação dos Magistrados em Portugal. Que Renovação? Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 12, Publicação Escola da Magistratura da 4ª Região. Disponível em www.revistadoutrina.trf4.gov.br, Porto Alegre, jul. 2004.

Mário Sergio de Albuquerque Shcirm⁸, Promotor de Justiça no Estado do Paraná, apresentou uma tese no Congresso Estadual do Ministério Público, realizado em Londrina, nos dias 31 de maio a 2 junho de 2007, fundada na necessidade de novas estruturas para atuação do Ministério Público, apontando três necessidades estruturais emergenciais e três modificações respectivas para suprir essas carências. A primeira necessidade é de uma nova divisão funcional que privilegie a defesa dos interesses difusos coletivos. A segunda é a de uma integração maior entre as atuações de primeiro e segundo grau de jurisdição. A terceira é a necessidade de imprescindível especialização em áreas como o meio ambiente, saúde e educação, patrimônio público, consumidor; por meio de assessores de outras áreas: sociologia, biologia, economia, medicina, etc.

“A nova divisão funcional deve destinar mais agentes para aquelas áreas em que a sociedade brasileira espera uma atuação efetiva da Instituição, a proteção dos interesses difusos e coletivos (...) Esta priorização não é apenas uma questão política institucional, mas de cumprimento da Constituição Federal e das leis, bem como de **sobrevivência da Instituição** (...) Tal prioridade, destarte, **não pode ser apenas retórica**, como tem acontecido, tem de ocorrer na prática, sob pena de frustrar as expectativas da sociedade brasileira”⁹

Para não ser apenas retórica, a intervenção do Ministério Público em função do interesse público relevante deve ter primorosa destreza em identificar o interesse e na maneira com que vai desenvolver seu procedimento no caso concreto. Do contrário, o Ministério Público irá fracassar em sua função social. Hugo Nigro Mazzilli acentua neste sentido:

“É preciso ter uma verdadeira estratégia de ação, senão o Ministério Público vai perder atribuições, até mesmo antes de exaurir todo potencial de atuação que a Constituição de 1988 pôs em suas mãos. Disso não tenho nenhuma dúvida.”¹⁰

Mister se faz o Ministério público otimizar sua intervenção, sob pena de perder suas atribuições. Tem a instituição levantado

⁸ SCHIRMER, Mario Sérgio de Albuquerque. A Necessidade de Novas Estruturas para Atuação do Ministério Público. Tese Apresentada no Congresso Estadual de 31 de maio a 2 de junho de 2007, em Londrina-PR.

⁹ SCHIRMER, Mario Sérgio de Albuquerque. A Necessidade de Novas Estruturas para Atuação do Ministério Público. Tese Apresentada no Congresso Estadual de 31 de maio a 2 de junho de 2007, em Londrina-PR.

¹⁰ SALLES, Carlos Alberto. Organizador. Processo Civil e Interesse Público: o processo como instrumento de defesa social. 2003, p.166.

muitos opositores, como ilustra a reportagem do Jornal Estado de São Paulo que dispunha:

“O Ministério Público não desperta ira dos mais poderosos do Senado, mas tem inimigos, na Câmara, onde se discute a reforma do Judiciário. A tucana Zulaiê Cobra (SP) está entre as mais empenhadas em reduzir o poder dos procuradores e promotores. Em solenidade com prefeitos realizada no palácio dos Bandeirantes ela discursou: ‘O Ministério Público está acabando com as prefeituras; vamos agora acabar com ele’. Foi aplaudidíssima (...)”¹¹

Se der margem para erros graves e se distanciar do interesse social poderá, sim, perder suas imputações. É necessária uma aquilatação institucional. Abaixo um exemplo de José Eduardo Faria:

“(...) havia um relatório do Banco Mundial mostrando que o Judiciário Latino-Americano (sistema justiça, **promotores** e tribunais, portanto) não **tem nenhuma visão dinâmica e é tão inepto**, tão formalista, preocupa-se tanto com normas, que se tornou absolutamente incapaz de lidar com falências e concordatas. Como falências e concordatas envolvem pequenas, médias e grandes empresas em um continente marcado pelo desemprego, quanto mais o Judiciário continuar tratando de economia, de marketing, de recursos humanos, de contabilidade, **mais acelera** as falências e concordatas das empresas a ele levadas. E toda lógica do Banco Mundial é no sentido de patrocinar projetos para que a área de falência e concordata seja **tirada** do Judiciário e elevada para o Executivo, (...) haverá árbitros formados em economia ou administração de empresas, com algum treinamento rápido em direito comercial. (...) O México está praticamente em condições de adotar esse programa.”¹²
(grifo nosso)

Para prevalência do interesse social, necessita-se de um Ministério Público que intervenha em defesa do interesse público relevante, mas que não apenas intervenha, pois deve intervir exercendo seu papel de maneira plena com extrema destreza. Para isso, é imprescindível uma reestruturação institucional.

¹¹ O Estado de São Paulo, 12/04/1999, p. A-6.

¹² SALLES, Carlos Alberto. Organizador. Processo Civil e Interesse Público: o processo como instrumento de defesa social. 2003, p.88.

CONCLUSÃO

O Ministério Público é um órgão independente do Estado, com uma função administrativa peculiar, de atuação na defesa dos direitos indisponíveis, dos direitos coletivos, dos direitos difusos e individuais homogêneos que geram vultosa repercussão social ou de um modo universal na defesa do interesse público primário (representa o interesse da sociedade como um todo) e do secundário (interesse da administração pública, dos agentes públicos e dos órgãos públicos) unicamente quando este coincide com o primeiro. Ele desempenha, além disso, atividades extrajudiciais (como ocorre em determinados casos em defesa do meio ambiente por meio dos termos de ajustamento de conduta), judicialmente (órgão essencial à função jurisdicional) contíguo ao judiciário e outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade. Finalidade esta que consiste, prioritariamente, em ele ser uma instituição instrumento de defesa do interesse social, de materialização dos direitos fundamentais em suas três gerações e do regime democrático.

O inc. III do artigo 82 do Código de Processo Civil, no que concerne à expressão interesse público, é uma norma principiológica, que engendra um espaço de anomia (em razão do limite semântico da lei, da indefinição de interesse público, da permanente e célere mutação social, de persecução de aproximação da realidade da vida pelo direito na previsão da sua própria inatividade) entre o jurídico e político (ação humana), que requer do promotor, em face do caso concreto, a realização de um discernimento jurídico subjetivo de verificação de interesse público justificante de intervenção.

A grande dificuldade consiste nesta avaliação, que pode ser desvirtuada em relação à realidade e, conseqüentemente, aventar uma intervenção errônea ou uma manifestação defeituosa do órgão, prejudicando o interesse social que deveria realizar. A expressão interesse público primário, usufruída pela maior parte da doutrina, extraída da fundamentação de Renato Alesi (cap. 2), é suficientemente abstrata para gerar equívocos. Afinal, o que é interesse da sociedade como um todo em uma sociedade com interesses fragmentados? Não seria, por certo, aquele vinculado a um modelo (conservadas as devidas proporções, obviamente) de acabamento mítico jurídico estatal, como o presidente do Reich, que representava a totalidade dos interesses do povo alemão, como um órgão de pureza

consistente na não contaminação dos interesses de blocos econômicos, religiosos e culturais que imperavam no parlamento.

Nessa perspectiva Jose Eduardo Faria, alude:

“Como é possível postular-se o princípio do interesse público numa sociedade tão dividida, tão desigual, marcada por uma lógica tão oportunista (...) Quando examinamos esse quadro do ponto de vista econômico, social e político, de uma forma muito rápida, em uma sociedade como esta, não é fácil utilizar o princípio como uma categoria totalizadora para o sistema jurídico. Em tal sociedade verificaremos um esgarçamento do contrato social. Torna-se cada vez mais difícil trabalhar com princípios como bem comum e finalidade social da lei (...) O que é bem comum em uma sociedade como essa? O que é interesse público?”¹

Quiçá, uma proposta, diante da crítica do discurso totalitário de interesse público, é materializá-lo em benefício das vítimas, em uma ótica dusselniana. Este define vítimas como “as que sofrem as imperfeições, os erros, as exclusões, as dominações, as injustiças, das instituições empíricas não perfeitas, finitas, dos sistemas existentes”.² O fato de haver vítimas em todo o sistema empírico é categórico, e por isso a crítica é também (sempre) imprescindível.³ Identificar empiricamente uma vítima é constatar 'negatividades': pobreza, traumatismo, dor, patologias e muitas outras dimensões da 'negatividade'. O crítico descobre o “mal” na totalização dos sistemas que se “fecham” sobre si mesmos, e assim não podem mais descobrir nem re-conhecer a alteridade e autonomia de suas vítimas. Essa é a própria realização do mito da modernidade: o encobrimento do Outro⁴. A consciência crítica pressupõe o exercício de um novo tipo de racionalidade, que opera uma inversão fundamental, pois a análise não começa da totalidade (do sistema), mas de sua exterioridade (das vítimas do sistema). Logo, as vítimas podem criticar a totalidade, porque partem da exterioridade⁵. Logo, sua crítica se diferencia de uma mera explicação (ou justificação) do sistema⁶. Podemos ter na instituição do Ministério Público um defensor das vítimas e uma das ferramentas de fruição dos direitos fundamentais no seio da sociedade, que são suas aspirações básicas.

¹ SALLES, Carlos Alberto. Organizador. Processo Civil e Interesse Público: o processo como instrumento de defesa social. 2003, p. 85.

² DUSSEL, Enrique. Ética da Libertação. 2002, p.373.

³ DUSSEL, Enrique. Ética da Libertação. 2002, p.373.

⁴ DUSSEL, Enrique. Ética da Libertação. 2002, p.305.

⁵ DUSSEL, Enrique. Ética da Libertação. 2002, p.301.

⁶ DUSSEL, Enrique. Ética da Libertação. 2002, p.301-302.

Em razão da complexidade da constatação do interesse justificador, os promotores carecem de uma formação sociológica densa e de apoio especializado de profissionais de outras ciências além do direito, para desempenhar sua função de maneira otimizada. Os promotores necessitam de uma cultura judiciária que esteja à disposição da coesão social e do aprimoramento democrático, em razão de problemas que atravessam a sociedade: desigualdades sociais, a globalização, o aumento da tensão entre o poder político e o judicial, denotam uma mudança de adágio nas funções ministeriais e judiciais.

Oportuna é a crítica, neste sentido, para o Ministério Público Brasileiro também, de Boa Ventura de Souza Santos, Professor de Economia da Universidade de Coimbra e Diretor do Observatório Permanente da Justiça, com relação ao CEJ (Centro de Estudos Judiciários), núcleo responsável pela formação dos Magistrados do Ministério Público Português:

“O CEJ só faz sentido se não reproduzir as Faculdades de Direito e para isso deveria organizar-se segundo duas orientações. Uma é a orientação prática, que envolve a **análise concreta de processos** (...) para sensibilizar os novos magistrados sobre a importância crescente dos meios alternativos de resolução de conflitos. A outra é sociológica e envolve o conhecimento da nossa sociedade, tanto no plano econômico e social, como no plano político e cultural. Os candidatos a magistrados tem que conhecer melhor a sociedade em que vão desempenhar suas funções. (...) A formação dos magistrados **tem que se abrir a outras ciências**. (...) A realidade está a mudar e é **complexa demais para ser aprendida apenas com o conhecimento do direito**”⁷

Para a intervenção fundada em interesses difusos e coletivos, eventualmente conflituosos entre si, é preciso um arcabouço técnico científico que transcende o conhecimento do direito, não consistindo essas mudanças apenas na formação do Promotor, mas também em mutações estruturais na instituição. O Ministério Público não se encontra estruturado de maneira eficaz a satisfazer os anseios sociais e as responsabilidades advindas do novo perfil constitucional. É notória a falta de recursos materiais e humanos em diversas comarcas no Brasil. Em algumas, até mesmo há promotores “*ad hoc*”, inconstitucionais.

⁷SANTOS, Boa Ventura. A Formação dos Magistrados em Portugal. Que Renovação? Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 12, Publicação Escola da Magistratura da 4ª Região. Disponível em www.revistadoutrina.trf4.gov.br, Porto Alegre, jul. 2004.

Mário Sergio de Albuquerque Shcirm⁸, Promotor de Justiça no Estado do Paraná, apresentou uma tese no Congresso Estadual do Ministério Público, realizado em Londrina, nos dias 31 de maio a 2 junho de 2007, fundada na necessidade de novas estruturas para atuação do Ministério Público, apontando três necessidades estruturais emergenciais e três modificações respectivas para suprir essas carências. A primeira necessidade é de uma nova divisão funcional que privilegie a defesa dos interesses difusos coletivos. A segunda é a de uma integração maior entre as atuações de primeiro e segundo grau de jurisdição. A terceira é a necessidade de imprescindível especialização em áreas como o meio ambiente, saúde e educação, patrimônio público, consumidor; por meio de assessores de outras áreas: sociologia, biologia, economia, medicina, etc.

“A nova divisão funcional deve destinar mais agentes para aquelas áreas em que a sociedade brasileira espera uma atuação efetiva da Instituição, a proteção dos interesses difusos e coletivos (...) Esta priorização não é apenas uma questão política institucional, mas de cumprimento da Constituição Federal e das leis, bem como de **sobrevivência da Instituição** (...) Tal prioridade, destarte, **não pode ser apenas retórica**, como tem acontecido, tem de ocorrer na prática, sob pena de frustrar as expectativas da sociedade brasileira”⁹

Para não ser apenas retórica, a intervenção do Ministério Público em função do interesse público relevante deve ter primorosa destreza em identificar o interesse e na maneira com que vai desenvolver seu procedimento no caso concreto. Do contrário, o Ministério Público irá fracassar em sua função social. Hugo Nigro Mazzilli acentua neste sentido:

“É preciso ter uma verdadeira estratégia de ação, senão o Ministério Público vai perder atribuições, até mesmo antes de exaurir todo potencial de atuação que a Constituição de 1988 pôs em suas mãos. Disso não tenho nenhuma dúvida.”¹⁰

Mister se faz o Ministério público otimizar sua intervenção, sob pena de perder suas atribuições. Tem a instituição levantado

⁸ SCHIRMER, Mario Sérgio de Albuquerque. A Necessidade de Novas Estruturas para Atuação do Ministério Público. Tese Apresentada no Congresso Estadual de 31 de maio a 2 de junho de 2007, em Londrina-PR.

⁹ SCHIRMER, Mario Sérgio de Albuquerque. A Necessidade de Novas Estruturas para Atuação do Ministério Público. Tese Apresentada no Congresso Estadual de 31 de maio a 2 de junho de 2007, em Londrina-PR.

¹⁰ SALLES, Carlos Alberto. Organizador. Processo Civil e Interesse Público: o processo como instrumento de defesa social. 2003, p.166.

muitos opositores, como ilustra a reportagem do Jornal Estado de São Paulo que dispunha:

“O Ministério Público não desperta ira dos mais poderosos do Senado, mas tem inimigos, na Câmara, onde se discute a reforma do Judiciário. A tucana Zulaiê Cobra (SP) está entre as mais empenhadas em reduzir o poder dos procuradores e promotores. Em solenidade com prefeitos realizada no palácio dos Bandeirantes ela discursou: ‘O Ministério Público está acabando com as prefeituras; vamos agora acabar com ele’. Foi aplaudidíssima (...)”¹¹

Se der margem para erros graves e se distanciar do interesse social poderá, sim, perder suas imputações. É necessária uma aquilatação institucional. Abaixo um exemplo de José Eduardo Faria:

“(...) havia um relatório do Banco Mundial mostrando que o Judiciário Latino-Americano (sistema justiça, **promotores** e tribunais, portanto) não **tem nenhuma visão dinâmica e é tão inepto**, tão formalista, preocupa-se tanto com normas, que se tornou absolutamente incapaz de lidar com falências e concordatas. Como falências e concordatas envolvem pequenas, médias e grandes empresas em um continente marcado pelo desemprego, quanto mais o Judiciário continuar tratando de economia, de marketing, de recursos humanos, de contabilidade, **mais acelera** as falências e concordatas das empresas a ele levadas. E toda lógica do Banco Mundial é no sentido de patrocinar projetos para que a área de falência e concordata seja **tirada** do Judiciário e elevada para o Executivo, (...) haverá árbitros formados em economia ou administração de empresas, com algum treinamento rápido em direito comercial. (...) O México está praticamente em condições de adotar esse programa.”¹²
(grifo nosso)

Para prevalência do interesse social, necessita-se de um Ministério Público que intervenha em defesa do interesse público relevante, mas que não apenas intervenha, pois deve intervir exercendo seu papel de maneira plena com extrema destreza. Para isso, é imprescindível uma reestruturação institucional.

¹¹ O Estado de São Paulo, 12/04/1999, p. A-6.

¹² SALLES, Carlos Alberto. Organizador. Processo Civil e Interesse Público: o processo como instrumento de defesa social. 2003, p.88.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção: homo sacer, II. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGUIAR, JUNIOR. Ruy Rosado. O Ministério Público: Posição Constitucional e Conceito, Anais do I Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo Paulo. Justitia, 1973.

ARAGÃO, E. D. Moniz. Comentários ao Código de Processo Civil. 8 ed. vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 19 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

BALTAZAR, José Paulo. VASCONCELOS, Sara Shütz. O Ministério Público na Constituição Federal de 1988. v.1. Porto Alegre: Revista do Ministério Público. 1989.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRITO. Carlos Ayres. Ministério Público da União e do Tribunal de Contas: órgãos distintos. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 69, 1984.

CARVALHO, Marcelo Ferra. A intervenção do Ministério Público no Processo Civil. Disponível em <<http://www.amp.com.br>> . Acesso em 23 de março de 2005.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6 ed. Portugal, Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. Instituições de Processo Civil. São Paulo: Classic Book, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. 3 ed. 1vol. Campinas: Bookseller, 2002.

CHUEIRI, Vera Karam de. Agamben e o estado de exceção como zona de indeterminação entre o político e o jurídico “in” FONSECA, Ricardo Marcelo (org). Crítica da modernidade: diálogos com o direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

COTA, Odil José. Ministério Público Custus Legis ou Legitimado Ativo. Revista Jurídica ACMP. ano 2, nº3, Trimestre de 1998.

CRETELLA JÚNIOR, José. Filosofia do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CURI, Ivan Gueiros. Coord. Estudos de Teoria Geral do Direito. Curitiba: Juruá, 2006.

DALLA, Humberto. A Tutela do Interesse Coletivo como Instrumento Polarizador da Participação do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro. Humberto Dalla Site. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br>. Acesso em: 26 de abril de 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da Teoria Geral do Estado. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DUSSEL, Enrique. Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M.E. Orth. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

FERREIRA, Pinto. Curso de Direito Constitucional. 11 ed. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. O discurso e o direito “in” FONSECA, Ricardo Marcelo (org). Direito e discurso – discursos do direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

GIORDANI, Mário Curtis. Iniciação ao Direito Romano. 2º ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1991.

GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2002.

GUSMÃO, Paulo Dourado. Introdução ao Estudo da Ciência do Direito. 26. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

KIRCHNER, Lineu Walter. Pronunciamento acerca da identificação do interesse público justificador da intervenção do Ministério Público no processo civil. Araucária Revista Jurídica do Ministério Público. Curitiba: 1998.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 3. ed. São Paulo: Martin Fontes, 1991.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martin Fontes, 1995.

LEAL, Marcio Falvio Mafra Leal. Ações Coletivas: História, Teoria e Prática. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do Processo Coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. v.2. Tradução de Candido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LAVIÉ, Humberto Quiroga. Estudio Analítico de La Reforma Constitucional. Buenos Aires: Depalma, 1994.

MACHADO, Antonio Cláudio Costa. A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro. 2 ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

MARÇAL, Justen Filho. Curso de Direito Administrativo. ed. 3 São Paulo: Saraiva, 2008.

MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. 10 ed. rev. atual. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1983.

MARQUES, José Frederico. Instituições de Direito Processual Civil. 1 ed. atual. Campinas: Millennium, 1999.

MAZZILI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 11 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Ministério Público. 3. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime Jurídico do Ministério Público. 6. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEDAUAR, Odete. O Direito Administrativo em Evolução. 2 ed. São Paulo: Revista Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antonio. Ato Administrativo e direito dos Administrados. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, n. 30, 1998.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O Espírito das Leis. Trad. por Pedro Vieira Mota. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004

OLIVEIRA, Alexandre Albagli. A intervenção do Ministério Público no Processo Civil: um convite a reflexão no ano da debutante. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 23 de março de 2005.

RITT, Eduardo. O Ministério Público como Instrumento de Democracia e Garantia Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ROSA, Alexandre de Moraes. Decisão Penal: a bricolage de Significantes. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SANTOS, Boa Ventura. A Formação dos Magistrados em Portugal. Que Renovação? Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 12, Publicação Escola da Magistratura da 4ª Região. Disponível em www.revistadoutrina.trf4.gov.br, Porto Alegre, jul. 2004

SCHMITT, Carl. La defense de la Constitución. Trad. Manuel Sanches Sarto. Berlim: Editorial Tecnos, 1998,

SCHIRMER, Mario Sérgio de Albuquerque. A Necessidade de Novas Estruturas para Atuação do Ministério Público. Tese Apresentada no Congresso Estadual de 31 de maio a 2 de junho de 2007, em Londrina-PR.

SILVA, José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23 ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio. SARLET, Ingo Wolfgang. CLEVE. Clemerson Merlin. Os Limites Constitucionais das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 12, Publicação Escola da Magistratura da 4ª Região. Disponível em www.revistadoutrina.trf4.gov.br, Porto Alegre, jul. 2004

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 41 ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

TESHEINER, José Maria. O Ministério Público Como Fiscal da Lei no Processo Civil. Páginas de Direito. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br>> Acesso em 24 de março de 2005.

VASCONCELOS, Sara Schutz. Brevíssimas Reflexões Genéricas Sobre a Intervenção do Ministério Público nos Procedimentos da lei nº 11.101/05. Site do Ministério Público do Rio Grande do Sul, disponível em www.mp.rs.br/civel/doutrina.

VIEIRA, Judivan J. Ministério Público - O 4º Poder. Porto Alegre: Síntese, 2003.

ZENKER, Marcelo. Ministério Público e Efetividade do Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais 2006.

WALD. Arnold. Cord. Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública. São Paulo; Saraiva, 2003.